J. rom. c.
349 5/7

om C
349 s

Mündlich

Das

römische Recht

der Gegenwart.

Eine Pandectenvorlesung

von

Agathon Wunderlich.

Besonderes Obligationenrecht.

Halle,
Sommer 1848

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Besonderes Obligationenrecht.

Einseitige Geschäftsobligationen.

Fünftes Kapitel. Geben.

Vertragsmäßige Rückgabe.

Darlehn, mutui datio, mutuum[1]).

Begriff. Das Darlehn ist der erste unter den vier benannten Realcontracten der Römer und wird abgeschlossen durch Hingabe fungibeler Sachen zum Eigenthum mit der Verpflichtung zur Rückgabe einer gleichen Quantität dieser Sachen.

Verschiedenheit von andern Geschäften. Die Aehnlichkeit des Geschäfts mit dem Leihvertrag besteht in Folgendem. Bei beiden gemeinsamer Zweck: der Gebrauch einer Sache wird eingeräumt mit der Verpflichtung zur Rückgabe. Sodann nach Ansicht der Römer gemeinsame Form: erst durch Hingabe wird die Klage auf Rückgabe begründet. Die Verschiedenheiten gehen zunächst aus der Natur des Gegenstandes hervor. Der Leihvertrag bezieht sich auf nicht fungibele Sachen: wenn auf fungibele, so wird von dieser Eigenschaft abgesehn. Das Darlehn auf fungibele Sachen als solche. Bei jenem tritt Rückgabe in specie, bei diesem Rückgabe in genere ein. Es kommt hinzu eine positive Verschiedenheit. Beim Leihvertrag muß ohne, bei der Miethe mit Lohn gegeben, das Darlehn kann mit oder ohne Vergütung

1) Gai. 3, 90. Inst. 3, 14: quibus modis re contrahitur obligatio. Paul. 2, 1. Dig. 12, 1. Cod. 4, 1: de rebus creditis (si certum petetur et de condictione) (et iureiurando). Cod. 4, 2. si certum petatur.

abgeschlossen werden: verzinsliches und unverzinsliches sind dasselbe Geschäft.

Gelddarlehn. Am häufigsten ist Geld Gegenstand des Darlehns: andere fungibele Sachen sind nicht ausgeschlossen. Daher res credita bei den Römern genannt, wiewohl diese selbst zugestehn, daß credere überhaupt anvertrauen bedeute, mithin ein zu weiter Ausdruck sei. Wird er indessen in Bezug auf Geld gebraucht, pecunia credita, pecunia certa credita, auch bloß certa credita, so bedeutet er stets ein Gelddarlehn. Dieses hatte bei den Römern im Verhältniß zum Darlehn anderer fungibeler Sachen wichtige Eigenthümlichkeiten. Aus jenem entstand eine stricti juris, aus diesem eine bonae fidei obligatio. Dies hing so zusammen. Die zwölf Tafeln schrieben eine strenge Hülfsvollstrekkung vor bei Schulden aus einem Gelddarlehn [1]). Die Spuren dieser Strenge, z. B. die Schuldknechtschaft, reichen bis in die Kaiserzeiten herab. Die Strenge galt jedoch nur für das Darlehn selbst, nicht für dessen Zinsen. Allein man konnte mittelst des nexum jeder Schuld, mithin auch der Zinsforderung, die Natur eines Gelddarlehns geben. Darin lag die Härte. Mit der Rückzahlung des Darlehns kann der Schuldner sich vorsehn: die Zinsen regelmäßig zu zahlen wird dem Landbebauer in unglücklichen Jahren oft unmöglich. Waren sie unter der Bedingung jener Verwandelung versprochen, so warteten harte Gläubiger bis solche auf eine namhafte Summe aufgelaufen waren, und machten alsdann die Schuldner zu Schuldknechten. Doch schon in der Zeit der Republik ward die Möglichkeit, den Zinsen durch nexum jene strenge Natur zu geben, aufgehoben. Beim Gelddarlehn selbst dagegen blieb das alte Recht unverändert. Daher war dies noch später mit einer stricti juris actio verknüpft, während bei dem Darlehn anderer Objecte eine bonae fidei actio stattfand.

Inhalt des Darlehnvertrags. Die Rückgabe der Sache der Gattung nach bildet den Mittelpunkt des Geschäfts. Der Gebrauch einer fungibelen Sache besteht in deren substantieller Zerstörung. Dem Schuldner wird daher beim Darlehn

1) Haubold Inst. Fragm. 12. tabb. nro 7. Aeris confessi etc.

das Eigenthum des Objekts übertragen: anders beim Leihvertrag und der Miethe. Diese Eigenthumsübertragung gehört zum Wesen des Geschäfts: ist sie nicht, so ist kein Darlehn vorhanden. Beides ward so sehr als identisch angesehn, daß die Römer die Fragen, ob Geld in das Eigenthum eines Andern übergegangen, und ob ein Dahrlehn gegeben sei, mit einander verwechseln. Sie haben sogar zu dem Ende eine schlechte Etymologie des Wortes mutuum i. e. quod ex meo sit tuum ersonnen.[1]) — Um so unbegreiflicher, wie man besonders im 17. Jahrhundert darüber streiten konnte, ob beim Darlehn das Eigenthum übergehe. Eine Folge davon ist, daß der Empfänger die Gefahr der Sache trägt. Wird ihm das Geld geraubt, so bleibt er dennoch zur Rückzahlung verbunden: denn die Gattung ist nicht untergegangen.

Eingehung. Hiezu ist erforderlich:

1) Der Gläubiger muß Eigenthümer der fungibelen Sache sein. Ist er es nicht, so kann er den Empfänger nicht zum Eigenthümer machen, und ein gültiges Darlehn entsteht nicht. Wenn der Empfänger jedoch in gutem Glauben das Geld mit dem seinigen vermischt oder ausgiebt, so ist es nunmehr so gut, als ob er das eigene Geld des Gläubigers erhalten hätte. War er dabei in bösem Glauben, so wird er als fingirter Besitzer, der arglistig den Besitz aufgegeben, anzusehn, und die Vindication des wahren Eigenthümers gegen ihn zulässig sein.[2])

2) Der Gläubiger muß fähig sein zur Veräußerung. Daher kann ein Unmündiger sein Geld nicht als Darlehn hingeben. Selbst wenn es verbraucht ist, wird der Strenge nach kein solches vorhanden sein wegen der Unfähigkeit des Unmündigen einen Vertrag überhaupt zu schließen. Der Wirkung nach ist es jedoch im letzten Fall dasselbe, da der Vormund nicht mehr zurückfordern kann als die gegebene Summe.[3])

3) Der Gläubiger muß geben. Thut ein Dritter es für ihn, so ist so zu unterscheiden:

---

1) l. 2. §. 2. D. 12, 1. Paul. — pr. J. 3, 14.
2) l. 12. Pomp. 13. Ulp. 19. §. 1. Jul. l. 11. §. 2. Ulp. D. 12, 1.
3) cit. l. 19. §. 1. l. 12.

a) A giebt sein Geld dem b, um es dem c als Darlehn von Seiten des a auszuzahlen. Giebt b es dem c in eigenem Namen, so wird a nicht Gläubiger, sondern der, welchen c dafür anerkennen will: a kann gegen b Entschädigungsklagen verschiedener Art haben, er hat keine Klage gegen c. Befolgt dagegen b den ihm gegebenen Auftrag, so wird a Gläubiger des c schon nach altem Recht. Denn das Entscheidende ist das Geben, nicht die Willenserklärung: b ist Bote, nicht Stellvertreter.

b) A giebt dem b den Auftrag eine gewisse Summe von dem Gelde des b dem c als Darlehn des a zu geben. Ob b Schuldner des a ist, darauf kommt für vorliegende Frage nichts an. Dies wird so angesehn, als wenn b sein Geld dem a gegeben hätte, um es als Bote dem c zu überbringen. Das Hin- und Zurückgeben findet hier nicht statt, es liegt ein constitutum possessorium vor: a wird Eigenthümer des Geldes ohne sichtbare Handlung, und b befolgt den ihm gewordenen Auftrag. Auch über die Behandlung dieses Falls war man schon früh einig.[1])

c) B ist dem a Geld schuldig aus einer Geschäftsführung. Bei der Rechnungsablage bittet er den a, daß er den Saldo von 100 als Darlehn behalten dürfe, was a zugesteht. Oder: a giebt dem b eine Sache zum Verkauf mit dem Hinzufügen, das eincassirte Geld als Darlehn zu behalten. Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß im ersten die Zustimmung des a nachfolgt, während sie im letzten vorausgeht. Hatte nun b die dem a auszuzahlende Summe in der Casse, so konnte er sie dem a zusenden und von diesem als Darlehn zurückempfangen. Eines solchen Umwegs bedurfte es natürlich nicht. Hatte er dagegen in der Aussicht auf die Zustimmung des a oder bei der Gewißheit derselben im zweiten Fall über das Geld bereits verfügt, so würde, falls man in diesem Fall ein Darlehn annähme, ein Realcontract ohne res vorliegen. Dieser Grund veranlaßte Africanus[2]) in beiden Fällen das Vorhandensein eines Darlehns zu leugnen. Da indessen bei

---

1) l. 15. D. 12, 1. Ulp. l. 34. pr. D. 17, 1. African.
2) cit. l. 34. pr.

dieser Entscheidung lediglich der äußerliche, im concreten Fall schwer zu erweisende Umstand, daß das Geld sich nicht in der Casse befand, zum Grunde liegt, so hat Ulpian[1]) diesen wie den Fall, wo es in der Casse war, gleich behandelt, und allgemein das Dasein eines Darlehns anerkannt. Seine Ansicht ist für das Just. Recht als die geltende anzusehen.[2])

In einfacherer Gestalt zeigt sich vorstehender Fall in folgendem Beispiel. A deponirt eine Summe bei b. Dieser schreibt ihm, er wünsche sie als Darlehn zu haben, was jener bewilligt. Hier wurde schon im ältern Recht das Vorhandensein eines gültigen Darlehns nicht bezweifelt: es liegt darin eine brevi manu traditio.[3])

4) Die Absicht beider Parteien muß übereinstimmen, mithin ihre Willenserklärung dem Geben und Nehmen zum Grunde liegen. Hat a dem b 10 gegegeben, mit dem Zusatz, er wolle nur 9 zurückerhalten, so ist nur ein Darlehn von 9 rechtsbeständig, 1 geschenkt. Gab er 10 mit der Bestimmung 11 zurückzuempfangen, so galt das Darlehn nur auf 10, 1 war bei den Römern überall nicht, heutzutage ist es wenigstens nicht als Darlehn klagbar.[4])

Verbindlichkeiten. Für den Geber entspringen aus dem Darlehn nach R. R. keine Verbindlichkeiten. Eine Gegenklage kann hier nicht vorkommen, da zufällige Gegenforderungen des Schuldners aus dem Geschäft nicht denkbar sind.

---

1) cit. l. 15.

2) Eine Vereinigung beider Stellen hat schon die Glosse zu l. 34. versucht. Entweder so, daß statt nihilo magis geschrieben würde nihilominus: oder so, daß in l. 34. von einem Fall die Rede sei, wo das eingenommene Geld dem Mandanten hingebracht werden sollte, und eine Summe davon nach dem Ermessen desselben als Darlehn dem Mandatar eingehändigt; l. 15. dagegen sich auf den Fall. wo die Einnahme sofort Darlehn werden sollte, beziehe. Beides gleich verkehrt. Die richtige Ansicht, daß in den Stellen ein Widerspruch enthalten sei findet sich bei Cujac. Obss. 8, 8. Verschiedene Meinungen sind zusammengestellt bei Glück 12, S. 6—10. In l. 34. pr. ist vielleicht statt argumentum zu lesen argumento non. Die Stelle hat Härten in dem Aneinanderreihen der Beispiele.

3) l. 9. §. 9. l. 10. D. 12, 1. Ulp. l. 34. pr. D. 17, 1. African.

4) l. 11. §. 1. D. 12, 1. Ulp. l. 17. pr. D. 2, 14. Paul.

Heutzutage ist eine Verbindlichkeit zum Darlehn möglich. Von Wichtigkeit ist sie nur dann, wenn daneben die Dauer des Darlehns festgesetzt wäre: sonst hätte die Erfüllung keine Bedeutung, da in jedem Augenblick gekündigt werden kann.

Der Schuldner dagegen ist zur Rückgabe des empfangenen Darlehns verbunden. Er wird dazu angehalten mittelst einer Condiction.[1]) Von einem Haften für Arglist, Versehen, oder Zufall kann hier nicht die Rede sein, da die Erfüllung stets möglich ist.

Der Schuldner hat zu leisten in der Quantität und Qualität in welcher er empfing: die gleiche Summe Friedrichsd'or, nicht aber zu gleichem Cours[2]).

Kündigung. Von beiden Seiten ist zum Zweck der Rückgabe freie Kündigung gestattet, falls vertragsmäßig nichts Anderes festgesetzt ist. Eine solche Abrede gilt in der Regel zu Gunsten des Schuldners, so daß er dessen ungeachtet das Geld früher zurückgeben darf. Doch kann die Abrede so getroffen werden, daß auch der Schuldner nicht früher kündigen darf, und beide ein Recht haben auf Ablauf des bestimmten Zeitraums.

Zinsen. Sie sind dem Darlehnsvertrag als solchen fremd. Da sie heutzutage hier regelmäßig vorkommen, so pflegt man sie als die eine Hälfte des Vertrags anzusehen. Juristisch sind es verschiedene Geschäfte. Das Darlehn entsteht durch Geben, durch die That; die Zinsen durch den Willen der Parteien. Sie mußten daher, um klagbar zu sein, mittelst Stipulation versprochen werden: das Darlehn konnte in diese Form eingekleidet werden: es mußte nicht. Als einfacher Nebenvertrag ließ sich das Zinsversprechen nicht geltend machen, da diese Nebenverträge nur bei bonae fidei nicht bei stricti juris negotia wirksam sind. Heutzutage genügt jeder Vertrag. Auch Verzugszinsen konnten nach R. R. beim Gelddarlehn aus gleichem Grunde nicht gefordert werden[3]); heutzutage[4]) wird es allgemein gestattet fünf Procent Verzugszinsen zu berechnen.

1) pr. J. 3, 14.
2) l. 3. D. 12, 1. Pomp.
3) l. 32. §. 2. D. 22, 1. de usuris. Marcian.
4) R. D. A. 1600. §. 139.

Nauticum foenus[1]) oder **pecunia trajectitia.** Die römische Form für das, was man heutzutage durch Assecuranzverträge erreicht. Bei Versendung einer Geldsumme kann man sich jetzt durch Zeichnung eines derartigen Vertrags vor Verlust schützen. Gegen Zahlung der Prämie wird das Capital, wenn es verunglückt, ersetzt; kommt es glücklich an, so büßt der Versicherte die Prämie ein. In Rom dagegen ließ man sich die versicherte Summe von dem Assecuradeur baar auszahlen, mit der Verabredung, man wolle sie als Darlehn haben, und dieses, wenn das versicherte Geld am Bestimmungsorte ankomme, zurückbezahlen, wenn nicht, es für sich behalten. Die Uebernahme der Gefahr ward dem Assecuradeur in der Form von Geldzinsen vergütet, welche höher sind als die gewöhnlichen. Das Ganze war bloße Form: das Darlehn, sonst zum Gebrauch gegeben, sollte hier nur zur Sicherheit dienen. Später wurden die Grundsätze der pecunia trajectitia auch auf andere Fälle ausgedehnt, in denen man Etwas als Darlehn empfing, jedoch nur unter einer Bedingung zurückgeben sollte[2]).

Das Eigenthümliche für alle diese Fälle besteht darin, daß bei solchen Zinsen die Wuchergesetze nicht zur Anwendung kommen. Denn die Vergütung richtet sich nach der Größe der Gefahr. Justinian hat hier den Zinsfuß vom 12. p. C. einführen wollen. Doppelt unpassend, da die Verschiedenheit der Gefahr eine Beschränkung durch ein maximum nicht zuläßt, und da der Procentsatz sich auf eine bestimmte Zeit bezieht, was da paßt, wo Zinsen eine Vergütung des Gebrauchs sind, nicht aber bei einer zu versichernden Gefahr, wo auf den Zeitraum überall nichts ankommt. Das Letzte hat Justinian selbst eingesehn, und bestimmt, daß die Zinsen nicht auf einen Zeitraum, sondern absolut, ohne Rücksicht auf die Dauer, berechnet werden: seine Verordnung aber nachmals wieder aufgehoben[3]). Bei den heutigen Assecuranzgeschäften bleiben na-

1) Dig. 22, 2. Cod. 4, 33: de nautico foenore. Nov. 106. 110.

2) l. 1. Modestin. l. 4. pr. Pap. l. 5. pr. Scaev. D. 22, 2.

3) l. 26. §. 1. C. 4, 32. Nov. 106. (540); 110. (541). (unglossirt).

türlich die Bestimmungen Justinians unberücksichtigt. Die ganze Lehre des römischen Rechts ist heutzutage unpractisch.

Hindernisse: Macedonianum Senatusconsultum 800 d. St. 47. n. Ch.[1]).

Inhalt: Gelddarlehn an Hauskinder sind ungültig[2]). Andere Geschäfte, namentlich auch aus ihnen durch Novationen entstandene Gelddarlehn, sowie Darlehn von andern Sachen können mit Hauskindern gültig abgeschlossen werden, wenn nicht ein Gelddarlehn darunter versteckt ist[3]). Die Hausunterthänigkeit muß zur Zeit des Gebens vorhanden gewesen sein: auf die Zeit des Versprechens kommt es nicht an[4]). Gleichgültig, ob das Gelddarlehn verzinslich ist oder nicht, ob der Empfänger dadurch in Schaden versetzt ward, und endlich das Geschlecht, der Grad, und das Alter des Hauskindes. War es noch unmündig, so ist der Vertrag ipso jure nichtig, wenn minderjährig, so half ihm die Restitution. Das handlungsfähige Hauskind konnte sich auf das Senatsconsult berufen: der entschiedenste Beweis dafür, daß Schuldenmachen Hauskindern an sich gestattet war.

Anlaß zum Gesetz gab ein Vatermord, zu welchem übermäßige Schulden eines Haussohns geführt hatten. Da nun Hauskinder in der Regel kein eignes Vermögen haben, und daher bei der bloßen Aussicht auf die väterliche Erbschaft Wucherern um so leichter in die Hände fallen, so wurde das Senatusconsult hiegegen erlassen[5]).

Die Obligation zwischen dem Gläubiger und dem Hauskinde ist ipso jure gültig, allein die Einrede aus dem Senatusconsult entzieht ihm die Klagbarkeit: der naturale Bestandtheil verbleibt[6]). Die Obligation ist daher zu Compen-

---

1) Int. 4, 7: quod cum eo qui in aliena potestate est gestum esse dicetur, §. 7. Paul. 2, 10. Dig. 14, 6.: de senatusconsulto macedoniano. Cod. Greg. 3, 5 (7). Cod. 4, 28: ad senatusconsultum macedonianum.

2) l. 1. pr. D. 14, 6. Ulp.

3) l. 3. §. 3. l. 7. §. 3. D. 14, 6. Ulp. l. 3. C. 4, 28.

4) L. 3. §. 4. Ulp. l. 4. Scaev. D. 14, 6..

5) l. 1. pr. D. 14, 6. Ulp.

6) §. 7. J. 4, 7.

sation Novation und Pfandbestellung geeignet [1]). Der Einrede kann sich Jeder bedienen, wer aus dem Darlehn belangt wird. Das Hauskind und der Hausvater, während wie nach Auflösung der Gewalt, so wie die Erben von Beiden.[2]) Sodann die Bürgen, jedoch nur in sofern sie berechtigt sind, von dem Hauskinde Entschädigung zu verlangen.[3]) Hat das Hauskind als institor empfangen, so steht nur ihm, nicht dem Principal, selbst wenn er der Hausvater wäre, die Einrede zu.[4]) Die Einrede wirkt selbst nach der Verurtheilung [5]) bis zur Zahlung. Ist diese gültig erfolgt, so findet keine Rückforderung statt [6]). Zahlt dagegen das Hauskind mit fremdem Geld, ohne den Willen des Eigenthümers, so kann dieser, auch der Hausvater, das vorhandene oder in bösem Glauben consumirte Geld vindiciren [7]); geschah die Consumtion in gutem Glauben, so findet keine Condiction statt [8]).

Ausnahmen. Weder Vater noch Kind können die Einrede vorschützen:

1) Wenn das Darlehn auf Befehl, im Auftrag [9]), oder auch nur mit Wissen [10]) des Vaters gegeben, wenn es ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch theilweise Zahlung von ihm genehmigt wurde [11]). Das Geben eines Peculium allein ist noch keine solche Genehmigung, wohl aber, wem dem Hauskind gestattet ist, damit Handel zu treiben [12]).

2) Im Fall einer Verwendung des Darlehns zum Nutzen

---

1) l. 2. D. quae res pignori 20, 3. Gaj.

2) §. 7. J. 4, 7. l. 9. §. 3. l. 7. §. 10. D. 14, 6. Ulp.

3) l. 9. §. 3. D. 14, 6. Ulp. l. 7. §. 1. D. de except. 44, 1. Paul.

4) l. 7. §. 11. D. 14, 6. Ulp.

5) l. 11. D. 14, 6. Ulp.

6) l. 9. §. 4. D. 14, 6. Ulp.

7) l. 9. §. 1. D. 14, 6. Ulp. wo am Schluß statt condictionem zu lesen ist vindicationem, und bei den Worten ex omni eventu die Möglichkeit einer Consumtion in gutem Glauben übergangen ist: oder vor competere ein non eingeschoben werden muß.

8) l. 14. D. de reb. cred. 12, 1. Ulp.

9) l. 2. 4. 5. C. 4, 28.

10) l. 12. 16. D. 14, 6. Paul.

11) l. 7. §. 15. D. 14, 6. Ulp. l. 17. pr. C. 4, 28.

12) l. 7. §. 11. D. 14, 6. Ulp.

des Vaters. Beispiele: Kosten zur Bestreitung der Haushaltung in Abwesenheit des Vaters: Studienkosten des Sohnes, insofern sie den Betrag, welchen der Vater zu geben pflegte, nicht überschreiten [1]).

3) Wenn der Gläubiger aus entschuldbarem Irrthum das Hauskind für unabhängig hielt [2]).

4) Wenn das Darlehn contrahirt wurde, um eine dem Senatusconsult nicht unterworfene Schuld a bzutragen [3]).

5) Wenn das Kind zur Zeit des aufgenommenen Darlehns Soldat war [4]).

Dem Sohn ist die Einrede entzogen:

1) Wenn er ein **castrense peculium** hat: denn in Bezug auf dieses wird er als Hausvater angesehen. Auf den Vater paßt das nicht, da er aus Schulden, die auf das **castrense peculium** gemacht sind, nicht belangt werden kann [5]). Dasselbe muß beim **quasi castrense**, sowie nach richtiger Ansicht beim s. g. **adventitium irregulare** gelten.

2) Wenn er nach Auflösung der Gewalt das Darlehn ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt. Letzteres geschieht durch Pfandbestellung bis zum Werth des Pfandes [6]). Durch Bezahlung eines Theils der Schuld dagegen für deren ganzen Betrag [7]). Manche glauben, daß dem nicht bezahlten Theile derselben fortwährend die Einrede entgegenstehe [8]). Allein der

---

1) l. 7. §. 12. 13. D. 14, 6. Ulp. l. 2. 5. C. 4, 28.

2) l. 3. pr. Ulp. l. 19. Pomp. D. 14, 6. l. 1. 2. C. 4, 28.

3) l. 7. §. 14. D. 14, 6. Ulp. liberare hier vom Gläubiger gebraucht.

4) l. ult. §. 1. C. 4, 28.

5) l. 1. §. ult. l. 2. D. 14, 6. Ulp.

6) l. 9. pr. D. 14, 8. Ulp.

7) l. 7. §. 16. D. 14, 8. Ulp.

8) Puchta 4. A. §. 306. not. cc. Marezoll succincta interpretatio fr. 7. §. ult. D. 14, 6. Lips. 1844. 4. Der Streit ist alt, die Glosse findet in der Rückzahlung eine Genehmigung der ganzen Schuld: doch hatte schon Bulgarus die entgegengesetzte Ansicht. Donellus Comm. 12, 28. §. 5. folgt der Glosse: ebenso fast sämmtliche neuern Juristen. Thibaut 8. A. §. 270. not. h—k. der jedoch in Brauns Erörterungen §. 377. behauptet, daß nach der reinen Vernunft im Fall der Rückzahlung und Pfandbestellung gerade die umgekehrte Entscheidung von der gegeben werden müsse, welche die R. Juristen geben. Wening 3, 173.

s. g. innere Grund hiefür, das Darlehn könne von der Beschaffenheit gewesen sein, daß es nur zum Theil sich rechtfertigen ließ, wird nicht immer zutreffen, und alsdann der gewesene Haussohn es an einer Protestation nicht haben fehlen lassen. Ueberdieß steht das Gegentheil klar in der Gesetzesstelle, in welcher die Worte nec solutum repetere potest nur eine Folge des cessat sctum ausdrücken. Daß endlich im Fall einer Pfandbestellung nur eine Genehmigung bis zum Werth des Pfandobjects angenommen wird, hat seinen Grund darin, daß diese Handlung nur indirect auf die Forderung sich bezieht.

Schlußbemerkung. Heutzutage, wo Hauskinder theils an sich eine größere Erwerbfähigkeit haben, als zu der Zeit, wo das Senatusconsult gegeben ward, theils nach erlangter Großjährigkeit aus der väterlichen Gewalt zu treten pflegen, dient die Einrede regelmäßig nur zur Chikane im Proceß, und sollte überall aufgehoben werden.

Beweis. Einrede des nicht gezahlten Geldes[1]). Bei den Römern war es gewöhnlich, das Darlehn in die Form der Stipulation einzukleiden. Wurde der Promittent aus dieser verklagt, und waren deren Voraussetzungen nicht eingetreten, namentlich die Valuta nicht bezahlt, so konnte er gegen den Stipulanten das Dasein des Versprechens nicht leugnen, allein aus obigen Gründen eine allgemeine doli exceptio, in dem besondern Fall non numeratae pecuniae exceptio genannt, entgegensetzen. Heutzutage ist, nach der gewöhnlichen Ansicht, die Behauptung, das Darlehn nicht empfangen zu ha-

---

not. c. Göschen 3, 480. z. E. Vangerow §. 245. Mühlenbruch 3, 575 not. 23 entscheidet sich nicht ausdrücklich. Ueber die ganze Controverse vergl. Glück 14, 322—333. Francke civil. Abh. S. 125. fg. Sehr ungenau stellen mit Bezug auf Donellus, Boehmer introd. in jus Dig. 14, 6. §. 9. und Schweppe 660 not. 14, 15. beide Fälle einander völlig gleich jedoch in umgekehrter Weise, indem Böhmer nur eine theilweise, Schweppe dagegen eine vollständige Genehmigung der Schuld annimmt.

1) Gai. 3, 131—34. Inst. 3, 21: de literarum obligationibus. Cod. Greg. 4, 2: si amissis uel debitori redditis instrumentis creditum petatur. Cod. 4, 30: de non numerata pecunia. 5, 15: de dote cauta non numerata. Nov. 100.

den, beim Wegfall der Stipulation, nicht mehr Einrede, sondern reine negative Litiscontestation. Der Gläubiger hat alsdann den Beweis des Darlehns durch die gewöhnlichen Beweismittel zu liefern: also auch durch Schuldurkunden. Diese werden, einer häufigen Erfahrung nach, dem Gläubiger oft vor geleisteter Zahlung vom Schuldner ausgestellt. Hierauf ward die Bestimmung gegründet, daß eine solche Urkunde eine Zeit lang zum Beweise der Zahlung untauglich sei, und die von dem Schuldner gegen die Beweiskraft vorzuschützende Einrede wird heutzutage **exceptio non numeratae pecuniae** genant. Das Geben muß in der Urkunde als ein gegenwärtiges oder erwartetes bezeichnet, oder, was das Häufigste sein wird, die Zeit muß ganz unbestimmt gelassen sein. Legt die Urkunde Zeugniß ab über ein in der Vergangenheit erfolgtes Geben, so findet die Einrede nicht statt.

Ursprünglich galt die Einrede fünf Jahr, Justinian hat sie auf zwei Jahr beschränkt. Innerhalb dieser Zeit kann der Schuldschein auch durch eine Condiction zurückgefordert, oder durch eine Protestation s. g. **querela non numeratae pecuniae**, die Einrede perpetuirt werden. Hat ein Ehemann über den Empfang einer Mitgift quittirt, und die Ehe wird vor Ablauf von zwei Jahren getrennt, so steht ihm noch ein Jahr, wenn später, aber vor Ablauf von zehn Jahren, noch drei Monate die Einrede **dotis cautae non numeratae** zu.[1])

Wird die Einrede mit Erfolg vorgeschützt, so muß der Gläubiger den Beweis der Zahlung durch andere Beweismittel zu führen suchen[2]). Ein Schuldner, dem auf andere Weise als durch Eideszuschiebung der Empfang der Zahlung bewiesen wird, soll zur Strafe das Doppelte zurückzahlen: **lis infitiando crescit in duplum.**[3]) Nach Ablauf der Frist wird der Gläubiger für die frühere Unsicherheit dadurch entschädigt, daß man dem Schuldner den Beweis der nicht empfangenen Valuta überall nicht weiter gestattet.

Außer dem Aussteller steht die Einrede zu:

---

1) Nov. 100.

2) l. 10. l. 3. l. 4. C. 4, 30.

3) Nov. 18 c. 8. und daraus Auth. Contra zu l. 4. C. 4, 30.

1) Dessen Erben[1]).
2) Den Concoursgläubigern[2]).
3) Den Bürgen[3]). Nicht aber:
4) Den Expromittenten[4]).

Sie fällt hinweg:

1) Durch Verzicht. Er ist nicht in der Urkunde selbst, nicht einmal eidlich, zuzulassen, wohl aber später.

2) Durch spätere Anerkennung des Empfangs, die ausdrückliche wie die stillschweigende, z. B. durch theilweise Rückzahlung oder Verzinsung der Schuld[5]).

3) Bei Empfangscheinen eines **argentarius**. Unpractisch[6]).

Abweichende Ansichten. 1) Die Schrift begründet einen Literal- wie die Stipulation einen Verbal-Contract. Jener und dieser können die generelle wie die specielle **doli exceptio** entgegengesetzt werden. Die erste — es fehle an einem Obligationsgrunde — hat der Gläubiger durch den Beweis, daß ein solcher Grund vorhanden sei, zu beseitigen, die Beweislast in Betreff der speciellen Einrede trifft den Schuldner. Der Beweis des Gläubigers kann nicht geführt werden durch die Schrift: denn sie dient nur zum Beweis des Literalcontracts. Da es aber nach Ablauf längerer Zeit schwierig sein wird, den Beweis des Obligationsgrundes noch zu führen, so ward zunächst bestimmt, daß nach Ablauf von fünf, später, daß nach Ablauf von zwei Jahren dieser Beweis, namentlich also dahin, daß die Valuta gezahlt sei, nicht mehr gefordert werden solle, und zugleich hinzugefügt, nach Ablauf dieser Zeit werde auch die specielle vom Schuldner zu beweisende **doli exceptio** ausgeschlossen. Diese Ansicht empfiehlt sich dadurch, daß die Einrede den anomalen Character verliert: sie istbeden klich wegen der Annahme, daß durch die Schrift nur der Beweis des Literalcontracts und nicht zugleich der des Obligationsgrundes geführt werden könne. Warum nicht Beides?

---

1) l. 8. C. 4, 30.
2) l. 15. C. 4, 30.
3) l. 12. C. 4, 30.
4) l. 6. C. 4, 30.
5) l. 4. C. 4, 30.
6) Nov. 136. c. 5. (unglossirt)

2) Bei der Nr. 1. aufgeführten Ansicht wurde vorausgesetzt, die Einrede beziehe sich auf alle Urkunden, in denen ein Empfang bescheinigt ward. Andere beschränken dies auf Realcontracte mit Ausnahme des Verwahrungsvertrags: die Meisten auf das Darlehn.

3) Die specielle doli exceptio soll nicht abgeschafft sein, vielmehr nach Ablauf der zwei Jahre, der Beweis, die Valuta sei nicht bezahlt, dem Schuldner freistehen, natürlich aber nicht durch Eideszuschiebung gegen den Inhalt der Beweisurkunde geführt werden können. So, wenn auch nicht das römische Recht, doch häufig die Praxis, welche die privilegirte und einfache Einrede des nicht bezahlten Geldes unterscheidet, bei jener vom Gläubiger den Beweis der Zahlung, bei dieser vom Schuldner den Beweis, nicht empfangen zu haben, verlangt.

Neuere Gesetzgebungen haben mit Recht die erste, die römische Einrede, abgeschafft, lassen aber dem Schuldner für alle Zeiten den Beweis frei, Valuta nicht empfangen zu haben.[1])

Leihvertrag, commodatum.[2])

Begriff und Eingehung. Der Leihvertrag ist ein benannter Realcontract, durch welchen eine Sache unent-

1) Durch Meckl. Schw. V. v. 17. März 1838 (O. W. 1838, 14.) ist bestimmt, daß eine das Bekenntniß des Empfangs der valuta enthaltende Handschrift und jede ausgestellte Quittung sofort mit ihrer Ausstellung und Aushändigung gegen den Aussteller beweise, und diesem der Beweis der Einrede der nicht empfangenen Zahlung obliege. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden, [Anomalie] und wird durch Zeitablauf nicht ausgeschlossen. Von letzter Bestimmung sind die Stadtbuchschriften nach Stadtbuchordnung vom 22. Dec. 1829 (O. W. 1830, 1) §. 36. ausgeschlossen. Hiernach ist der Schuldner zum Beweis der nicht geschehenen Zahlung nur dann zu lassen, wenn er seine Behauptung binnen 30 Tagen nach der Intabulation zur Vormerkung angezeigt hat, die dem Gläubiger zu notificiren ist. Binnen anderweitigen 30 Tagen, angerechnet von jener Anzeige (des Schuldners) hat er nachzuweisen, daß er seine Einwendungen gerichtlich geltend gemacht habe: sonst wird die Vormerkung auf Antrag des Betheiligten sofort gelöscht und dadurch die Einrede gänzlich ausgeschlossen.

2) Dig. 12. 6: commodati uel contra. Paul. 2. 4. 322—324. Cod. 4, 23. Decret. Greg. 3, 15. de commodato (et deposito pignore fiduciaue).

geldlich zu einem bestimmten Gebrauch mit der Verpflichtung, zur dereinstigen Rückgabe in specie, übergeben wird. Meistens ist eine bewegliche Sache dessen Gegenstand: an unbeweglichen ist er nicht ausgeschlossen.[1]) Auf das Eigenthum des Gebers, Commodanten, kommt nichts an. Denn Eigenthumsübertragung ist nicht Zweck des Geschäfts, sondern Gestattung eines vorübergehenden Gebrauchs, wie bei der Miethe. Die eigne Sache kann jedoch der Empfänger, Commodatar, ebensowenig geliehen erhalten, wie er sie miethen und kaufen kann. Entdeckt man nachher das Verhältniß, so hat kein Leihvertrag bestanden.[2]) Der Gebrauch muß unentgeldlich sein. Ward ein Geldlohn gegeben, so liegt Miethe vor.

Der Empfänger erhält nur den Gebrauch, kein Eigenthum, kein Recht an fremder Sache, keinen Besitz[3]). Am Ende des Gebrauchs ist die Sache in specie zu restituiren. Daher ist der Vertrag bei fungibelen Sachen als solchen nicht möglich. Doch ließe er sich z. B. an Geldsäcken denken, welche man liehe, um sich Credit zu schaffen.[4])

Verbindlichkeiten. Kann der Empfänger nach geendetem Gebrauch die Sache nicht in specie zurückgeben, weil sie vernichtet oder verdorben ist, so haftet er für Arglist und jedes Versehen, nicht aber für den Zufall.[5]) Abgesehen von dem Fall, wo der Empfänger nach Verabredung nur für grobes Versehen haftet, treten von dem allgemeinen Princip Ausnahmen ein, welche durch die Individualität des Falls herbeigeführt werden. Ward der Leihvertrag nicht zum Vortheil des Empfängers sondern des Gebers abgeschlossen, so haftet jener nur für grobes Versehen. Beispiel: a Freund des b reist zur Besorgung eines wichtigen Geschäftes für b nach x.: a leiht ihm dazu seinen Wagen. Hier wird b, da er nur im Interesse des a reiste, nicht mit der regelmäßigen Strenge behandelt.[6]) Ist der Vortheil beiderseitig, wenn also im vori-

1) l. 1. §. 1. D. 13, 6. Ulp.
2) l. 15. D. depos. 16, 3. Jul.
3) l. 8. Pomp. 9. Ulp. D. 13, 6.
4) l. 3. §. 6. Ulp. l. 4. Gaj. D. 13, 6.
5) l. 1. §. 4. D. de O. et A. 44, 7. Ulp.
6) l. 5. §. 10. D. 13, 6. Ulp.

gen Beispiel die Geschäfte sich auf den Geber und Empfänger bezogen hätten, und erhält dadurch das Verhältniß Aehnlichkeit mit der Societät, so soll der Empfänger nur für die in eignen Angelegenheiten übliche Sorgfalt verpflichtet sein.[1])

Der Geber kann heutzutage sogar zur Hingabe des Objects verbunden sein. Nach römischem Recht haftet er nur aus zufälligen Gründen z. B. für die nothwendigen Reparaturen, welche der Zustand der Sache, nicht die Schuld des Empfängers, herbeiführte.[2]) Die Verbindlichkeiten des Empfängers werden mit der directen, die des Gebers mit der Gegenklage aus dem Leihvertrag, commodati actio, geltend gemacht.

Verwahrungsvertrag, depositum[1]).

Begriff. Der Verwahrungsvertrag ist der benannte Realcontract, durch welchen Jemand die bewegliche Sache eines Andern unentgeldlich aufnimmt.

Unterschied von verwandten Geschäften. Geschieht es gegen Lohn, so ist ein Miethvertrag vorhanden, welcher durch Uebereinstimmung klagbar wird, während hier erst durch Uebergabe die Obligation entsteht. Schwieriger ist in der Anwendung die Unterscheidung von einem Auftrag, die Sache zu verwahren. Im Begriff sind sie folgendermaßen geschieden. Beim Auftrag wird positiv die Arbeit übernommen, dafür zu sorgen, daß die Sache nicht abhanden komme. Durch den Verwahrungsvertrag wird nicht die besondere Sorgfalt in der Bewachung der Sache, sondern nur die Gestattung des Raums zur Aufbewahrung, und damit die Theilnahme an der für die eigenen Sachen des Empfängers statthabenden Sicherheit, in Anspruch genommen.[4]) Jener Auftrag entsteht durch Uebereinstimmung, der Verwahrungsvertrag erst durch die Uebergabe.

Rechtsverhältnisse. Der Empfänger, Depositar, erhält kein Recht an der Sache, auch nicht den Besitz. An

1) l. 18. pr. D. 13, 6. Gaj.

2) l. 18. §. 2. D. 13, 6. Gaj.

3) Leg. Mos. Coll. tit. 10: incipit de deposito. Dig. 16, 3. Cod. 4, 34: depositi uel contra. Paul. 2, 12. Decr. Greg. 3, 16: de deposito.

4) l. 1. §§. 11—13. D. 16, 3. Ulp.

der eignen Sache ist der Vertrag unmöglich.[1] Der Empfänger ist jederzeit der directen Klage aus dem Vertrage, depositi actio, auf Herausgabe der Sache unterworfen. Durch Zufall wird er davon befreit. Für Arglist, die ihn infamirt, und grobes Versehen ist er verhaftet: nicht für geringes, da er aus Gefälligkeit handelt, also nicht für den einfachen Diebstahl. Beim Auftrag die Sache zu verwahren würde er auch für dieses verantwortlich sein.[2] Wegen etwaiger Auslagen und auf die Sache verwandter Kosten ist der Geber, Deponent, der Gegenklage unterworfen.[3])

Verwahrung in Nothfällen, s. g. **depositum miserabile.** Wenn bei besonderen Unglücksfällen, Brand, Schiffbruch, Räuberanfall, eine Sache zur Verwahrung übergeben ward, und der Empfänger den Vertrag ableugnet[4], oder sich, nach den Worten des Edicts, überhaupt einer Arglist desfalls schuldig macht[5], so soll er zur Strafe für den Misbrauch fremder Noth, den doppelten Werth vergüten.

Abweichungen, s. g. **depositum irregulare.** Mit diesem Worte wird nicht jede von den Contrahenten ausbedungene Abweichung von den Grundsätzen des Verwahrungsvertrags bezeichnet, sondern nur der Fall, wo eine fungibele Sache, mit der Verpflichtung sie der Gattung nach zurückzugeben, hinterlegt ward. Eigenthum und Gefahr gehen hier auf den Empfänger über, im Uebrigen aber wird das Geschäft nach den Grundsätzen des Verwahrungsvertrags beurtheilt[6]. Wird unverschlossen und unversiegelt Geld deponirt, so liegt darin die stillschweigende Verabredung der Gattung nach zurückzugeben.[7]

Ward bei der Hinterlegung gestattet, eine fungibele Sache

---

1) l. 15. D. 16, 3. Julian.

2) §. 3. J. quibus modis re. 3, 14 (15). §. 17. J. de obl. quae ex del. 4, 1. l. 1. C. 4, 34.

3) l. 5. pr. D. 16, 3. Ulp.

4) §. 26. J. de actt. 4, 6.

5) l. 1. §. 1—4. D. 16, 3. Ulp.

6) l. 24. Pap. l. 25. §. 2. Pap. l. 26. §. 1. Paul D. 16, 3.

7) l. 31. d. locati. 19, 2. Alfenus: Verbis: Idem juris esse in deposito — nisi ut tantundem pecuniae solveret.

zu benutzen, so ist in dem Augenblick, wo die Benutzung eintritt[1]), ward später darum gebeten, so geht in dem Moment der gegebenen Einwilligung[2]) das Geschäft in ein Darlehn über. Die Behauptung, daß diese Grundsätze nur bei verbrauchbaren Sachen gelten, bei nicht verbrauchbaren dagegen, die auch fungibel sein können, die gestattete Benutzung den Charakter des Verwahrungsvertrags aufhebe, ist nicht quellengemäß.[3])

Sequestration. Bei einem Rechtstreit, allein auch ohne einen solchen, kommt bisweilen die Verabredung der Parteien vor, dessen Gegenstand, eine bewegliche Sache, mit der Verbindlichkeit, ihn dem Sieger herauszugeben, bei einem unparteiischen Dritten, Sequester[4]), zu hinterlegen. An sich ist dies Geschäft ein Verwahrungsvertrag: Eigenthümlichkeiten sind, daß die Verbindlichkeit zur Herausgabe bedingt und alternativ ist, sowie daß dem Sequester, zur größeren Sicherheit, namentlich um die Ersitzung zu unterbrechen, der Besitz, und damit die Interdicte, eingeräumt werden kann[5]). Von selbst, so daß das Gegentheil ausdrücklich vorbehalten werden müßte, versteht sich die Uebertragung nicht. Nach beendetem Streite fordert der Sieger dem Sequester die Sache mit der s. g. **sequestraria depositi actio** ab. Will der Sequester sich vorher seines Amts entledigen, so muß er sich deshalb an den Richter wenden[6]). Einigen die Parteien sich nicht über die Hinterlegung (s. g. **sequestratio voluntaria**), so pflegt der Richter sie heutzutage von Amtswegen zu verfügen (s. g. **sequestratio necessaria**). Bei den Römern wurde in einem solchen Fall die Sache an einem öffentlichen Ort, z. B. in einem Tempel, aufbewahrt. — Bisweilen geht die Sequestration in einen andern Vertrag über; in ein Mandat, wenn die Verwaltung, besonders bei unbeweglichen Sachen, mit übertragen

---

1) l. 10. D. de r. c. 12, 1. Ulp. l. 1. §. 34. D. 16, 3. Ulp.

2) l. 9. §. ult. D. de r. c. 12, 1. Ulp. l. 34. pr. D. mandati 17, 1. African. verb.: nec huic simile esse — tui fiant.

3) l. 1. §. 9. D. 16, 3. Ulp.

4) l. 110. D. de v. s. 50, 16. Modestin.

5) l. 17. §. 1. D. 16, 3. Florent. l. 39. D. de acq. v. am. poss. 41, 2. Julian.

6) l. 12, §. 2. Pomp. l. 5. §. 1. 2. Ulp. D. 16, 3.

ward: in Miethe oder einen unbenannten Vertrag, wenn solches gegen Vergeltung geschah.

Receptum[1]). Hat ein Schiffer oder Wirth eine Person als logirenden Fremden nebst deren Sachen aufgenommen, und letztere werden gestohlen, vernichtet, oder beschädigt, so finden natürlich die betreffenden Klagen wider den Thäter statt. Außerdem aber genießt der Aufgenommene besonderen Schutz durch einen Anspruch wider den Unternehmer der Anstalt ganz abgesehen von dem Fall besonderer Hinterlegung. Begründet wird der Anspruch durch die Thatsache der Aufnahme, gleichgültig ob durch den Wirth oder Einen seiner Leute[2]). Werden die Sachen, deren Einbringen von dem Fremden zu beweisen ist, gestohlen, verdorben u. s. w., so findet eine in factum oder de recepto actio auf Ersatz des erlittenen Verlustes wider den Wirth statt. Nicht nach allgemeinen Grundsätzen, denn der Wirth erfüllt seine Verbindlichkeit, indem er seinen Raum, und die Bequemlichkeiten seiner Anstalt dem Fremden gegen Geld überläßt. Allein man nimmt an, daß die Verletzung in einer Verabsäumung der häuslichen Polizei ihren Grund habe, und leitet daraus die Verbindlichkeit zum Ersatz her. Die römischen Juristen rechtfertigen den Rechtssatz noch durch die häufige Erfahrung, daß Wirthe u. s. w. Diebe begünstigen, und daher keine bessere Behandlung verdienen[3]). Der Grundsatz beruht also auf einer Rechtsvermuthung, gegen welche den Wirthen der Gegenbeweis dahin frei steht, daß ein unvermeidlicher Zufall, vis major, fatale damnum, den Unfall herbeigeführt habe. Sie haften also vorzüglich da, wo man dessen Grund nicht kennt. Kann der Aufgenommene beweisen, daß die unrechtmäßige Handlung durch die Leute des Unternehmers, oder bei einen Gasthaus durch solche Personen, welche eine dauernde Wohnung in demselben haben, verübt wurde, so tritt eine Erhöhung der Verbindlichkeit ein, es findet eine in factum actio aus einem

---

1) Dig. 4, 9.: nautae caupones stabularii ut recepta restituunt. Dig. 47, 5.: furti aduersus nautas, caupones, stabularios.

2) l. 1. §. 1–6. D. 4, 9. Ulp.

3) l. 3. pr. §. 1. Ulp. l. 5. §. 1. Gaj. l. 1. §. 1. 8. Ulp. D. 4, 9.

Quasi-Delict auf den doppelten Werth statt[1]). Denn in diesem Fall kann mit noch größerm Recht eine strenge Aufsicht verlangt werden. Die Klage ist perpetua, geht jedoch nicht gegen die Erben[2]). Heutzutage fällt die Klage auf das Doppelte hinweg, und es bleibt nur die de recepto actio übrig, welche gegen die Erben geht[3]). Im Uebrigen ist es gleichgültig, ob die Aufnahme entgeldlich geschah oder nicht. Ist der Aufnehmende nicht Wirth, oder hat er nicht als solcher aufgenommen, so fällt der Anspruch hinweg. Eine Protestation des Wirths bei der Aufnahme ist zuläſsig[4]).

Faustpfand. Pignus.

Das Faustpfand gehört zu den vier alten Realverträgen. Wird bei einem Pfandrecht zugleich der Besitz übertragen, so entsteht dadurch eine Verbindlichkeit zur Rückgabe, sobald die Sicherheit nicht weiter nöthig ist. Der Gläubiger ist also dazu nach Auflösung des Pfandnexus verbunden. Selbst dann, wenn das Pfandrecht nicht gültig entstanden wäre, z. B. an einer fremden Sache. Und ebenso, wenn es an dem Vorhandensein einer Forderung fehlt[5]). Daneben sind die Accessionen zurückzugeben, und wenn die Sache verkauft ist, der Ueberschuß des Kaufgeldes über den Belauf der Forderung[6]). Ist die Rückgabe der Sache unmöglich geworden, so haftet der Gläubiger für Arglist und jedes Versehn, nicht für den Zufall[7]). Auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten wird er mit der directen Pfand-Klage, pignoratitia actio, belangt. Ihm selbst steht die Gegenklage zu, gerichtet auf dieselben Verbindlichkeiten, wie die gleiche Klage beim Verwahrungs- und Leih-Vertrag außerdem aber darauf, daß, falls ein ungültiges Pfandrecht constituirt sein sollte, eine fähige Sache zum Pfand bestellt werde[8]).

---

1) D. 47, 5. l. 6. Paul. 7. Ulp. D. 4, 9.
2) l. ult. §. ult. D. 4, 9. Ulp. 3) l. 3. §. 4. D. 4, 9. Ulp.
4) l. ult. pr. D. 4, 9. Ulp. v. : Item — convenietur.
5) l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. l. 11. §. 2. D. 13, 7. Ulp.
6) l. 42. D. 13, 7. Pap.
7) §. 4. J. quib. mod. re. 3, 15. l. 13. §. 1. Ulp. l. 14. Paul. D. 13, 7. l. 27. D. de pignor. 20, 1. Marcell. l. 9. C. de pign. 8, 14.
8) l. 16. §. 1. Paul. l. 36. §. 1. Ulp. D. 13, 7.

Nach heutigem Recht, wo der einfache Vertrag die Stelle der Stipulation vertritt, kann die Gegenklage auch auf das Hingeben zum Pfand gerichtet werden.

Zurückgabe aus allgemeinen Gründen.

Einleitung. Unter den fünf legis actiones, welche wir durch Gajus kennen gelernt haben, führt die dritte den Namen per condictionem, welche auf Geld und andere fungibele Sachen gerichtet war. Diese condictio ist mit den legis actiones untergegangen, der Name jedoch im Formularproceß für eine gewisse Klasse persönlicher Klagen geblieben. Die Ausdrücke condictio und actio bezeichnen ungefähr denselben Gegensatz wie stricti juris und arbitraria actio. Die condictio ist also eine Klage strengerer Natur, und die Terminologie bei den römischen Juristen ziemlich gleichförmig: sie brauchen nicht leicht actio für condictio, noch weniger umgekehrt. Eine condictio entspringt aus einer Obligation, wenn bei deren Entstehung Etwas aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners überging. Gleichgültig, ob die Obligation aus einem Vertrag oder aus andern Gründen entstand. Einer der wichtigsten Fälle in denen eine Condiction, und zwar scheinbar anomalisch, vorkam, ist die Stipulation. Hier ist ja der Gegner schuldig, weil er gewollt, und nicht, weil er empfangen hat. Dieses erklärt sich daraus, daß die Stipulation das der symbolischen Formen entkleidete nexum ist, dieses aber ein symbolisches Gelddarlehn war, voraus ein condictio hervorging.

Am häufigsten kommen Condictionen vor bei Obligationen, welche sich auch ein datum ex causa stützen. Der einfachste Fall des datum ist die Uebertragung des Eigenthums, und dessen häufigste Anwendung die Zahlung baaren Geldes. Das dare kann sich jedoch auch auf andere Rechte an Sachen beziehen, sowie auf das Geben einer Obligation, sogar auf ein bloßes facere, wenn sich dieses auf Geld zurückführen ließ. Causa bedeutet hier einen rechtlichen Grund. Schenkt man, um sich den Andern geneigt zu machen, oder aus Dankbarkeit, so liegt darin kein juristischer Grund, und

daher wird die Schenkung dem datum ex causa entgegengesetzt. Ist nun ein Grund für das dare vorhanden, wird der Zweck um dessentwillen gegeben ward, erreicht, so kann von Rückforderung nicht die Rede sein. Sie findet statt, wenn die Vermögensveränderung ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, sei es, daß es hieran von Anfang an fehlte, oder daß er später hinwegfiel [1]). Der Grund für die Vermögensveränderung kann liegen:

a) in der Zukunft, und beruhen:

1) auf einem Irrthum des Gebers. Hiegegen ist die ob causam datorum condictio gerichtet.

2) auf einem Unrecht des Empfängers. Alsdann findet die ob turpem causam c. statt;

b) in der Vergangenheit oder Gegenwart. Dagegen im Allgemeinen die sine causa c. Daneben insbesondere, wenn die Veränderung beruht:

1) auf einem Irrthum des Gebers, die indebiti condictio:

2) wenn auf einem Unrecht des Innehabers, die ob injustam causam c.

Von den bei allen Condictionen vorkommenden Grundsätzen weicht ab die furtiva condictio. Zwar hat man das Recht, den Dieb auf Rückgabe des Gestohlenen zu belangen, aber warum mit einer condictio? In das Vermögen des Diebs ist nichts gekommen, da der Diebstahl höchstens eine factische Veränderung bewirkt, und jedenfalls trat die Veränderung nicht mit freiem Willen ein, ein datum liegt nicht vor. Die Römer selbst haben die Anomalie hier anerkannt, und sagen, daß die strengere Verfolgungsform in odium furum eingeführt sei [2]). Weniger abweichend ist die ob turpem causam condictio, bei der es gleichgültig ist, ob der Zweck des Gebens erreicht ward, oder gar nicht vorhanden war.

---

1) l. 1. §. 3. D. de cond. sine causa. 12, 7. Ulp. l. 52. D de cond. ind. 12, 6. Pomp. l. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12, 5. Paul.

2) §. 14. J. de actionibus. 4, 6. Gaj. 4, 4.

Ob causam datorum condictio [1]).

Die Klage gründet sich auf ein Leisten (Geben, Thun), dessen Grund in der Zukunft liegt, und wird angestellt auf Rückgabe des Geleisteten, weil der Grund nicht in Erfüllung ging [2]). Der Name der Klage in den Digesten: **condictio causa data causa non secuta** ermangelt der Construction.

Beispiele: 1) Das bei den Römern bei Innominatcontracten vorkommende Reurecht, welches heutzutage cessirt. 2) Eine Braut hat ihrem Verlobten einen Theil ihres Vermögens gegeben, um nach Abschluß der Ehe dos zu werden: die Ehe kommt nicht zu Stande, das Gegebene kann mit der Condiction zurückgefordert werden. 3) Mit Rücksicht auf ein zu gebendes Gelddarlehn ist mittelst Stipulation dessen Rückgabe bedungen. Kommt das Darlehn nicht zu Stande, so kann dessen ungeachtet aus der Stipulation geklagt, und deren Auflösung deshalb condicirt werden. 4) Die Rückforderung einer Schenkung wegen verschuldeter Nichterfüllung der Zweckbestimmung.

Ob turpem causam condictio [3]).

Eine **turpis causa** ist vorhanden, wenn der Zweck, zu welchem gegeben wird, ein Verbrechen, oder überhaupt etwas Widerrechtliches, Unsittliches enthält. Bei der Frage, ob desfalls eine Rückforderungsklage stattfinde, sind zwei Fälle zu unterscheiden, ob der Geber, was selten ist, oder der Geber und Empfänger, was häufiger vorkommt, und andererseits, ob nur der Empfänger von der **turpitudo** betroffen wird. In jenem Fall findet keine Condiction statt, wenn auch sonst deren sämmtliche Gründe zutreffen. Wenn eine Partei dem Richter Geld gab, um zu ihrem Gunsten zu sprechen, und er es unterließ, so würden zwar an sich die Voraussetzungen der **ob causam datorum condictio** vorliegen. Diese ist jedoch nicht

---

1) Dig. 12, 4: de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4, 6: de condictione ob causam datorum.

2) l. 1. pr. l. 4. Ulp. l. 10. Javol. D. 12, 4.

3) Dig. 12, 5. Cod. 4, 7: de condictione ob turpem (uel iniustam) causam.

gestattet. Der Richter behält das Geld aber auch nicht: es wird confiscirt. Ist dagegen die turpitudo auf Seiten des Empfängers vorhanden, so wird wider ihn die ob turpem causam condictio gegeben, bei welcher der Kläger besonders begünstigt ist. So findet, wenn Jemand, der durch einen Brandbrief zur Erlegung einer Geldsumme an einen bestimmten Ort bewogen ward, und den Empfänger, welcher gedroht hat, entdeckt, eine Rückforderuug nicht bloß dann statt, wenn die Drohung eine leere war, der Empfänger die Absicht und die Mittel zum Brand gar nicht hatte, sondern auch dann, wenn alle Anstalten zur Verwirklichung getroffen waren, und diese der erfolgten Zahlung halber unterblieb, mithin der Zweck, die Abwendung der Gefahr, vollständig erreicht war. In Letzterm die Anomalie[1]).

Rückforderung einer Nichtschuld, indebiti soluti condictio[2]).

Bedingungen. Die Klage auf Rückgabe einer Nichtschuld ist eine regelmäßige Condiction, bei welcher eine Vermögensänderung in Folge eines Grundes aus der Vergangenheit, und zwar die Absicht, sich von einer Schuld, welche nicht vorhanden ist, zu befreien, vorausgesetzt wird. Also: 1) Es muß eine Nichtschuld vorliegen, eine Schuld factisch oder juristisch nicht vorhanden sein, sie muß nie existirt, oder ihre Existenz zur Zeit der Zahlung aus Rechtsgründen aufgehört haben, gleichgültig, ob ipso jure oder durch eine den civilen und naturalen Bestandtheil der Obligation aufhebende Einrede z. B. die der Arglist[3]). Ward eine naturale Obligation wenngleich aus Irrthum bezahlt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen[4]). Dagegen gilt die Condiction, wenn eine Schuld, nur nicht unter den Personen, unter welchen die Zahlung stattfand, vorhanden war. So, wenn a irthümlich dem b zahlt, was er dem c schuldet[5]). 2) Eine Erfüllung, solutio, die

---

1) l. 1. pr. §. 2. Paul. l. 2. Ulp. l. 3. Paul. l. 4. §. 2. Ulp. l. 8. Paul. D. 12, 5.

2) Dig. 12, 6. Cod. 4, 5: de condictione indebiti.

3) l. 26. §. 3. Ulp. l. 40. §. 2. Marcian. D. 12, 6.

4) l. 64. Tryphonin. l. 19. pr. Pomp. l. 40. pr. Marcian. D. 12, 6.

5) l. 65. §. 9. D. 12, 6. Paul.

wirkliche, wie deren Aequivalent z. B. Hingabe an Zahlungsstatt, Novation. 3) Es muß aus Irrthum erfüllt sein. Alle diese Condictionen haben nämlich ihren Grund in einer irrigen Leistung, und daher gilt der Satz, daß wissentliche Zahlung einer Nichtschuld als Schenkung angesehn wird [1]).

Wer im Zweifel ist über seine Verbindlichkeit und zahlt, soll behandelt werden, als wenn er geglaubt hätte, zur Zahlung verbunden zu sein, und die Klage haben [2]). — Berechtigt eine durch Rechtsirrthum veranlaßte Leistung zur Condiction? Beispiel: a ist durch Betrug des b zur Eingehung einer Obligation veranlaßt und zahlt, weil er glaubt, daß ihn der Betrug von der Pflicht zur Erfüllung nicht befreie. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Frage zu bejahen. Theils war die Absicht bei der Zahlung nicht die, dem Gegner zu schenken, sondern der Grund lag in dem Gedanken, verklagt und zur Zahlung gezwungen zu werden: theils schützt der Rechtsirrthum überhaupt, wenn man einen Schaden von sich abwenden will. Eine Anwendung dieser Ansicht findet sich in einem speciellen Fall [3]). Das Gegentheil steht aber deutlich und allgemein im Codex [4]), und diese Entscheidung ist in einer ausführlichen Anwendung in den Digesten anerkannt [5]). Also ward für den Fall der Rückforderung einer Nichtschuld aus uns unbekannten Gründen von den allgemeinen Grundsätzen positiv abgewichen. Jedenfalls ist der factische häufiger als der Rechtsirrthum.

Wer hat zu beweisen, daß eine Nichtschuld vorlag? Manche sagen, der Kläger, da er etwas Negatives behaupte, sei frei vom Beweise, sein Gegner müsse die Schuld darthun. Auf die logische Form des Ausdrucks kommt es nicht an. Bisweilen läßt sich sogar die scheinbar negative Behauptung in eine positive umwandeln: z. B. das Gezahlte wird als Nichtschuld zurückgefordert, weil die Stipulation, in der es verspro-

---

1) l. 53. D. de r. j. 50, 17. Paul.

2) l. 11. C. 4, 5.

3) l. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36, 4. Ulp. aber: **benigne** quis dixerit.

4) l. 10. C. de j. et f. ign. 1, 18.

5) l. 9. §. 5. D. de j. et f. ign. 22, 6. Paul.

chen ward, durch Betrug erschlichen sei. Regel ist, der Kläger hat zu beweisen, das Bezahlte sei eine Nichtschuld. Er ist frei von diesem Beweis:

1) Wenn der Beklagte den Empfang der Zahlung läugnete und dessen überführt wird. Dieser macht sich dadurch verdächtig und muß deshalb seinerseits das Dasein der Schuld beweisen.

2) Wenn er zu einer Klasse von Personen gehört, von denen angenommen wird, daß sie unvorsichtig Zahlung zu leisten pflegen. Dahin gehören: Minderjährige, Frauen, Soldaten und rustici, d. h. Personen, die erweislich dumm und nachlässig sind[1]).

Beschränkungen. Die Klage findet in einigen Fällen nicht statt, wo deren Bedingungen vorhanden sind; als:

1) Zinsen, welche irrthümlich für eine unverzinsbare Schuld bezahlt sind, kann man nicht zurückfordern[2]). Der Grund ist uns unbekannt; später ist der Satz aufgehoben[3]).

2) Bei Klagen, wo der, welcher geleugnet hat, und dessen überführt wird, das Doppelte von dem zahlen muß, was er anfangs zu zahlen gehabt hätte. Dahin gehört die Aquilische. Hat Jemand wegen eines getödteten Pferdes eine Interessen-Klage von 100 zu befürchten und zahlt freiwillig, so wird er nachher nicht zu dem Beweise gelassen, daß er nichts schuldig gewesen sei[4]). Auch hievon ist der Grund uns unbekannt.

Erweiterungen. Umgekehrt wird die Condiction bisweilen zugelassen, wo deren Bedingungen fehlen. Als:

1) Bei einer Schenkung über fünfhundert Dukaten ohne Insinuation. Hier kann der Ueberschuß zurückgefordert werden, wenngleich ein Irrthum bei der Zahlung nicht vorhanden war. Während sonst bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld Schenkung angenommen wird, ist dies hier unzulässig, da die Schenkung gesetzlich ungültig ist.

---

1) l. 25. D. de probatt. 22, 3. Paul.
2) l. 26. pr. D. 12, 6. Ulp.
3) l. 18. C. de usuris. 4, 32.
4) l. 4. C. 4, 5. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3, 27.

2) Bei wissentlich gezahlten Spielschulden.

3) Bei wissentlich gezahlten Wucherzinsen. Um die Verbote wirksam zu machen, mußte man sie für die Erfüllung wie für den Vertrag wirken lassen. Wollte der Schuldner sich weigern die bedungenen 8 pC. zu bezahlen, so würde der Gläubiger durch die Drohung der Kündigung des Capitals ihn meistens zur Erfüllung nöthigen.

Diese drei Ausnahmen behandeln die Neueren meistens als Anwendung der allgemeinen Regel: Wer wissentlich aus einem ungültigen Rechtsgeschäft zahlt, kann das Gezahlte seines Wissens ungeachtet zurückfordern. Es fehlt an genügendem Grund zu dieser Abstraction. Glaubt **a** von **b** ein Darlehn empfangen zu haben, entdeckt später seinen Irrthum und zahlt dennoch, so kann er das Gezahlte natürlich nicht zurückfordern, denn hier liegt kein ungültiges, sondern gar kein Rechtsgeschäft vor. Hat dagegen **a** zu der Zeit, als er unter Vormundschaft stand, dem **b** eine Summe versprochen, und diese nach erreichter Volljährigkeit, ohne über die Ungültigkeit des Geschäfts im Irrthum zu sein, aus Rechtlichkeit bezahlt, so würde er nach jener abstracten Regel die Zahlung zurückfordern können. Allein es ist an der Wirksamkeit der Zahlung und der Gültigkeit der darin liegenden Schenkung überall nicht zu zweifeln.

Verbindlichkeiten. Der Empfänger hat zurückzugeben, was er bekommen hat, sei dies eine Species oder eine gleiche Quantität fungibeler Sachen, namentlich Geld. Letzteres ist der häufigste Fall, und deshalb wird in den Institutionen das Zahlen einer derartigen Nichtschuld passend mit einem Darlehn verglichen. Besteht das Gegebene in einem Schuldversprechen, z. B. einer Stipulation, so kann man diese condiciren, d. h. verlangen davon befreiet zu werden[1]). Umgekehrt kann auch eine Acceptilation condicirt werden, in der Art, daß entweder die Forderung hergestellt, oder deren Inhalt berichtigt wird. In den Fällen, wo man eine Klage hat, steht auch eine Einrede zu:

---

1) l. 31. D. 12, 6.

So, wenn auf den Grund einer irrthümlich angenommenen Schuld eine Novation eingegangen war und aus dieser geklagt wird.

Recht und Verbindlichkeit haben nicht, wie beim Darlehn, die, welche körperlich gezahlt oder empfangen haben, sondern die, welche in juristischer Hinsicht als Zahler und Empfänger anzusehen sind [1]).

Ob injustam causam condictio [2]).

Sie setzt voraus eine als Folge eines Delicts stattgehabte Vermögensveränderung [3]). Beispiele: 1) Eine in Folge gewaltsam abgedrungenen Versprechens erfolgte Zahlung [4]). 2) Die Rückforderung consumirter Früchte vom Besitzer in bösem Glauben [5]). Stets wird Uebertragung des Eigenthums vorausgesetzt, mit Ausnahme der **furtiva condictio**, von welcher beim **furtum** zu handeln ist.

Sine causa condictio [6]).

Sie findet statt, wenn eine Vermögensveränderung ohne rechtlichen Grund geschehen ist [7]), und zwar entweder so, daß nie ein Grund vorhanden war, als:

1) Gaben für einen rechtlich unmöglichen Zweck z. B. eines Heirathsguts für eine rechtlich unmögliche Ehe [8]).

2) Ausstellung eines Schuldscheins ohne erfolgte Zahlung [9]).

3) Leistung eines Versprechens ohne materiellen Verpflichtungsgrund [10]).

---

1) l. 6. §. 1—3. D. 12, 6. Paul. l. 6. C. 4, 5.

2) Dig. 12, 5. de condictione ob . . injustam causam. Cod. 4, 9. de condictione ex . . injusta causa.

3) l. 6. D. 12, 5. Ulp.

4) l. 7. D. 12, 5. Pomp.

5) l. 3. C. 4, 9.

6) Dig. 12, 7.: de condictione sine causa. Cod. 4. 9.: de condictione (ex lege et) sine causa (uel iniusta).

7) l. 1. §. 2. D. 12, 7. Ulp.

8) l. 5. D. 12, 7. Pap.

9) l. 4. C 4, 9. l. 7. C. de n. n. p. 4, 30.

10) l. 1. pr. D. 12, 7. Ulp.

4) Gaben einer Person, welche wegen beschränkter Veräußerungsbefugniß zur Zahlung unfähig ist[1]).

5) Gaben an eine Person, die nicht durch den Contract, jedoch für den Betrag der Bereicherung verpflichtet werden kann[2]).

6) Wenn Geber und Empfänger, jeder einen andern Vertrag bei der Hingabe im Sinn hat, jener aber einen solchen, aus dem ihm ein Rückforderungsrecht zusteht[3]).

7) Wenn **a** seinem Schuldner **b** den Auftrag giebt, den Schuldbetrag dem **c** als Darlehn zu geben, und dieser glaubt, er erhalte ihn von **b** als Schuldner des **d** (s. g. **condictio Juventiana**)[4]).

Oder so, daß der Grund später hinwegfiel, als:

1) Bei Schuldurkunden nach getilgter Schuld[5]).

2) Wegen einer arrha nach vollzogenem Geschäft[6]).

3) Gegen den, welcher eine abhandengekommene Sache, für die er entschädigt ist, wiedererhielt[7]).

Die Klage wird jedoch auch subsidiär in Fällen angewandt, wo das Condictionenprincip keine Anwendung leidet, jedoch eine Obligation vorliegt, für deren Erzwingung im Wege der Klage es an einem andern Rechtsinstitut fehlte[8]).

Beispiele: 1) **a** stiehlt das Pferd des **b**, und schenkt es dem **c**, welcher es verkauft. Kann nun **b** nicht auf andere Weise zu seinem Pferde gelangen, so hat er gleichwohl gegen **c** weder die Diebstahls- noch die Eigenthumsklage. Es wäre jedoch unbillig, wenn **c** den Werth der Sache behalten, **b** diese verlieren sollte. Hier wird dem **b** gegen **c** keine Klage auf den allgemeinen Werth der Sache, sondern auf soviel gegeben, als dieser durch den Besitz reicher ward.

---

1) l. 29. D. de cond. ind. 12, 6. Ulp.

2) l. 34. pr. D. de minor. 4, 4. Paul.

3) Vgl. l. 18. pr. §. 1. D. de r. c. 12, 1. Ulp.

4) l. 32. D. de r. c. 12, 1. Cels.

5) l. 2. C. 4, 9.

6) l. 11. §. 6. D. de a. e. v. 19, 1.

7) l. 2. D. 12, 7. Ulp. vgl. l. 13. pr. Pomp. l. 17. §. 5. Paul. D. commodati. 13, 6.

8) l. 23. D. de r. c. 12, 1. Afric. l. 24. §. 1. Julian. l. 30. pr. Afric. D. de a. e. v. 19, 1.

2) A besaß die Sache des b in bösem Glauben, und consumirte deren Früchte. Sodann verliert a den Besitz der Hauptsache, so, daß b keinen Anspruch darauf gegen ihn hat, weil a weder besitzt noch arglistig den Besitz aufgab. Auch der Früchte halber würde hier die Eigenthumsklage cessiren. Da es jedoch unbillig wäre, dem Besitzer in bösem Glauben die Bereicherung zu lassen, so soll b gegen a die sine causa condictio auf deren Herausgabe haben.

Hingabe.

Schenkung, donatio[2]).

Begriff und Hauptarten. In den Institutionen steht die Schenkung unter den Mitteln Eigenthum zu erwerben: bei den Neuern meistens, und daher auch hier, in dem besonderen Obligationenrecht, als Mittel zur Begründung obligatorischer Rechtsverhältnisse. Beides ist an sich richtig und unrichtig. Die Schenkung gehört keinem dieser Capitel ausschließlich an. Sie ist ein allgemeiner Charakter, welcher mit Rechtsgeschäften aller Art verbunden werden kann. Dessen Wesen besteht darin, daß Einer auf Kosten des Andern ärmer, und daß diese Bereicherung von Beiden beabsichtigt wird. Ersteres allein genügt nicht: ein zu wohlfeiler oder zu theurer Verkauf ist keine Schenkung. Auch Letzteres allein nicht. Es liegt darin ein anderer allgemeiner Charakter, welcher bei Rechtsgeschäften vorkommen kann, ein Handeln aus Wohlwollen für einen Andern. Hiemit ist Bereicherung nicht nothwendig verbunden. Jener Begriff ist daher weiter als der der Schenkung. In ihm lag der Grund die Obligation des Verpflichteten milder zu behanndeln, und ihn nur für Arglist und grobe Versehen haften zu lassen.

Schenkungen können vorkommen als Theil eines letzten Willens: Vermächtnisse. Die Erbeseinsetzung enthält keine Schenkung: die Schulden können überwiegen, und aus dem einen Vermögen wird nichts in das andere übertragen, da Erblasser

---

2) Fragm. Vatican. §. 266—316: de donationibus ad legem Cinciam. Inst. 2, 7. Paul. 5, 11. Dig. 39, 5. Theod. 8, 2. Cod. 8, 54. Decret. Greg. 3, 24: de donationibus.

und Erbe für eine Person gelten. Ebenso bei Geschäften unter Lebendigen. Hier vorzugsweise der Ausdruck Schenkung: nur von diesem Fall hier. Sowohl Sachen wie obligatorische Rechte können den Schenkungscharakter an sich tragen, beide kommen als Mittel der Schenkung vor. Bei den obligatorischen Rechten ist wieder ein doppelter Fall möglich, daß man eine Forderung erhält, oder von einer Schuld befreit wird. Es giebt daher dreierlei Schenkungsmittel, d. h. dreierlei Geschäfte, welche Schenkungen sein können, wenn die beabsichtigte Bereicherung des Einen auf Kosten des Andern dabei zum Grunde liegt: es giebt ein dare, ein obligare, ein liberare Schenkungshalber. Obligando schenkt man, indem man sich oder einen Dritten zum Schuldner des Beschenkten macht: liberando, indem man ihm die eigne Forderung erläßt, oder von der eines Dritten befreit. Die Schenkung kann jedoch auch mit seinem andern Rechtsgeschäft gemischt sein. Für ein solches ohne die Absicht zu schenken gebrauchen die Römer vorzugsweise den Ausdruck negotium, und sprechen daher von einem negotium mixtum cum donatione. So, wenn man ein Haus, von dem man weiß, daß es 6000 werth ist, für 2000 verkauft, weil man 4000 schenken will. Hierin liegt Kauf und Schenkung [1]). Ebenso beim Darlehn, wenn man 11 gab, und sich vom Schuldner versprechen läßt, daß er 10 zurückzahlen wolle. Auch kann eine Schenkung unbedingt oder unter Bedingungen versprochen werden. Ein wichtiger Fall der letzteren Art ist die Schenkung von Todeswegen. Sie steht in der Mitte zwischen Geschäften unter Lebenden und von Todeswegen, gehört jedoch im justinianischen Recht den Letzteren an.

Eingehung. Die Erforderniße einer gültigen Schenkung sind theils allgemeine, welche aus der Natur des zur Schenkung gebrauchten Geschäfts hervorgehen, theils positive, welche auf ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze beruhen.

Unter ersteren ist eine, die allen Schenkungen gemeinsam ist, die übrigen beziehen sich auf die verschiedenen Schenkungsmittel. Gemeinsame Bedingung für jede Schenkung ist, daß sie die zu einem Vertrage erforderlichen Eigenschaften habe:

---

1) l. 38. D. de contr. emt. 18, 1. Ulp.

denn sie ist selbst ein Vertrag. Also Uebereinstimmung von beiden Seiten: auch des Beschenkten: bis zu seiner Willenserklärung kann der Schenker zurücktreten. Daraus ergiebt sich, daß, wenn man einem Dritten durch einen Freund oder Brief erklärt, man wolle ihm schenken, und verstirbt, bevor der Dritte Etwas davon erfahren hat, und seine Einwilligung ausdrücken konnte, die Schenkung nicht besteht, da kein Augenblick vorhanden ist, wo beide gleichzeitig gewollt hätten[1]). Als Vertrag bedarf die Schenkung keiner besondern Form. Dagegen muß unter den Schenkungsmitteln:

1) Beim dare die in der Natur des betreffenden Sachenrechts liegende Form beobachtet sein: also beim Eigenthum Uebergabe, bei Servituten bloßer Vertrag.

2) Beim obligare, wenn man sich selbst verpflichten will, war früher zur Klagbarkeit Stipulation erforderlich, Justinian hat den einfachen Vertrag für genügend erklärt[2]): will man einen Dritten zum Schuldner des Beschenkten machen, so kann dies durch Novation oder Cession geschehen[3]).

3) Beim liberare, wenn man die eigene Forderung erlassen will, wurde bei den Römern Acceptilation und einfacher Vertrag angewandt: jetzt nur der letztere. Will man die Forderung eines Dritten gegen den Beschenkten tilgen, so muß man bei diesem mit Einwilligung des Schuldners expromittiren[4]).

Beschränkungen. Dergleichen in Rom schon früh. Man hielt die Schenkung für ein bedenkliches Rechtsgeschäft. Die deshalb gegebene lex cincia gehört zu den dunkeln Punkten der Rechtsgeschichte. Sie unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen. Die Grenze kennen wir nicht. Auch sollen Schenkungen nur dann gültig sein, wenn Römisches Eigenthum dabei übertragen wurde: bei einer res mancipi also keine gültige Schenkung durch bloße Uebergabe. Die Bestimmungen der lex cincia, im Lauf der Zeit mannigfach verändert

1) l. 19. §. 2. Ulp. l. 10. Paul. l. 2. §. 6. Jul. D. 39, 5. l. 6. l. 7. l. 13. C. 8, 54.

2) l. 35. §. 5. C. 8, 54.

3) l. 11. l. 2. C. 8, 54.

4) l. 17. Ulp. l. 21. pr. Cels. D. 39, 5.

sind im neusten Recht verschwunden. Neben sie trat in der Kaiserzeit eine neue noch jetzt practische Beschränkung. Große Schenkungen, solche, welche über 200, später über 300, und nach Justinians neuster Bestimmung über 500 **solidi** — wofür die Praxis, da der Werth fast gleich ist, heutigentages Ducaten substituirt hat — betragen, sollen der Insinuation bedürfen, alle übrigen nur den allgemeinen Grundsätzen unterworfen sein.[1]) Die Insinuation besteht in der Aufnahme eines Protocolls über die Schenkung vor Gericht. Die Sache soll also eine gewisse Feierlichkeit haben. Der Richter hat nicht das Recht, die Schenkung einer Untersuchung zu unterwerfen, und sie zu gestatten. Ist die Insinuation versäumt, so ist die Schenkung in Betreff des Ueberschusses absolut, nicht bloß **per exceptionem** nichtig [2]).

Wirkungen. Sie sind mit Rücksicht auf die Schenkungsmittel und die Nothwendigkeit der Insinuation darzustellen.

1) Beim **dare** geht Eigenthum auf den Beschenkten über, wenn der Schenker es hatte, sonst Usucapionsbesitz.[3]) Fehlt es bei einer großen Schenkung an der Insinuation, und das Object besteht in baarem Gelde, so kann der Ueberschuß über 500 Ducaten von dem Empfänger condicirt werden. Ist dagegen eine Species, z. B. ein Haus von höherem Werth, geschenkt, so entsteht eine Gemeinschaft zwischen Schenker und Beschenktem,[4]) und da meistens das Ganze übergeben sein wird, so kann der betreffende ungültig geschenkte Antheil von Dritten vindicirt werden.

2) Im Fall des **obligare** entsteht, wenn der Schenker Schuldner ward, wider ihn aus dem einfachen Versprechen eine Klage, jedoch bei großen Schenkungen und mangelnder Insinuation nur bis zum Betrag von 500 Ducaten. Auch hat der Schenker das **beneficium competentiae**, und kann auf Verzugszinsen nicht belangt werden. War durch Nova-

---

1) l. 36. §. 3. C. 8, 54.
2) l. 34. pr. C. 8, 54.
3) l. 14. l. 21. l. 24. C. 8, 54.
4) l. 34. §. 2. C. 8, 54.

tion oder Cession ein Dritter Schuldner geworden, so findet gegen diesen von Seiten des Beschenkten selbst bei einer großen nicht insinuirten Schenkung eine Klage auf den vollen Betrag der überwiesenen Summe statt, und der Schuldner kann die Einrede der mangelnden Insinuation nicht entgegensetzen, wohl aber kann der Schenker, wenn bereits gezahlt ist, von dem Beschenkten den Ueberschuß über 500 solidi condiciren, wenn jedoch noch nicht gezahlt worden, auf Rescission klagen, d. h. im Fall der Cession auf Vernichtung des Mandats in Betreff des Ueberschusses, im Fall der Novation auf Expromission desselben von Seiten des Beschenkten [1]). Auf analoge Weise verhält es sich

3) Beim liberare, in Betreff des Mangels der Insinuation:

Aufhebung. [2]) Schenkungen können widerrufen werden,

1) Wegen grober Undankbarkeit des Beschenkten. Ursprünglich galt dies nur für Schenkungen des Patrons an den Freigelassenen und der Eltern an die Kinder. Später allgemein. Justinian läßt [3]) nur folgende Fälle des Widerrufs wegen Undanks zu:

a) Wenn der Beschenkte sich grober wörtlicher Injurien gegen den Schenker schuldig machte, oder thätlich sich an ihm vergriff;

b) wenn er ihn böslicherweise um einen bedeutenden Theil seines Vermögens brachte;

c) ihm nach dem Leben stellte;

d) die bei Annahme der Schenkung übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllte. Die Mutter, welche zur zweiten Ehe schritt, konnte nach einer Verordnung von Constantius [4]) Schenkungen an ihre Kinder überall nicht widerrufen.

---

1) l. 21. §. 1. D. 39, 5. Cels. l. 5. §. 5. D. de doli mali exceptione 44, 4. Paul.

2) Fragm. Vat. §. 248—265.: quando donator intellegatur revocasse uoluntatem. Theod. 8, 13. Cod. 8, 56.: de revocandis donationibus.

3) l. ult. C. 8, 56.

4) l. 7. in. C. 8, 56.

Justinian[1]) ließ dies zu, wenn die Kinder der Mutter nach dem Leben getrachtet, sich thätlich an ihr vergriffen, oder beabsichtigt hatten, sie um ihr ganzes Vermögen zu bringen.

Die Klage ist rein persönlich, kann weder von den Erben des Schenkers, noch gegen die des Beschenkten angestellt werden.

2) Wenn ein kinderloser Patron seinen Freigelassenen beschenkt hat und nachher Kinder bekommt, so kann er die Schenkung widerrufen, weil man annimmt, er würde nicht geschenkt haben, wenn er schon für Nachkommen zu sorgen gehabt hätte.[2]) Die Praxis hat diese s. g. **supervenientia liberorum** oft in allen Fällen als Grund des Widerrufs anerkannt, was unrichtig ist.

3) Wenn sie den Pflichttheil verletzen, **donatio inofficiosa.** Hievon im Erbrecht.

Schenkung des Gesamtvermögens, **donatio omnium bonorum.** Das ganze Vermögen kann entweder so verschenkt werden, daß man jedes einzelne Vermögensstück überträgt, oder so, daß man durch Vertrag das Ganze zusagt. In Letzterem liegt die Verpflichtung, alle einzelnen Vermögensrechte abzutreten; jedoch keine Universal- sondern eine Singular-Nachfolge. Die Schenkung erstreckt sich also nur auf das Activ- nicht auf das Passiv-Vermögen, und man hat nach einer natürlichen Auslegung angenommen, daß die Schulden zuvor abzuziehen seien; also nur auf das Nettovermögen.[3]) Auch Forderungen aus früheren Schenkungen einzelner Sachen gehören zu den Schulden. Die für die entgegenstehende Ansicht angezogene Stelle[4]) sagt nur, daß anderweite Schenkungen bei der Berechnung wegen des **beneficium competentiae** nicht in Anschlag kommen sollen.

Belohnende Schenkung, s. g. **donatio remuneratoria.** Eine Schenkung aus Dankbarkeit für einen

---

1) Nov. 22. c. 35. Auth. Quod mater C. 8, 56.

2) l. 8. C. 8, 56.

3) l. 35. §. 4. l. 15. C. 8, 54. l. 72. pr. D. de jure dotium. 23, 3. Paul.

4) l. 12. D. de donatt. 39, 5. Ulp.

erwiesenen Dienst haben Manche als ein Geschäft besonderer Art, oder gar als oneroses Geschäft angesehen. Mit Unrecht. Denn ein geschenkter Lohn ist in dem Augenblick des Gebens etwas Freiwilliges, und gerade darin liegt der Schenkungscharakter[1]) Auch hat das menschliche Motiv in der Regel auf die juristische Natur der Schenkung keinen Einfluß. Daher berechtigt der Irrthum im Motiv nicht zum Widerruf.[2]) Nur ein Fall ist ausgenommen. Eine Schenkung aus Dankbarkeit für die Rettung des Lebens soll nicht als Schenkung, sondern als Lohn für einen unschätzbaren Dienst gelten. Daher ist eine solche Schenkung von den positiven Beschränkungen der Schenkungen im Allgemeinen, namentlich von der Nothwendigkeit der Insinuation ausgenommen.[3]) Diese Ausnahme bestätigt die Regel in den übrigen Fällen.

Schenkung mit Zweckbestimmung, s. g. **donatio sub modo.**[4]) In einer Schenkung, bei welcher bestimmt ist, wie das Geschenkte verwendet werden soll, — a schenkt dem b ein Landgut, mit der Verpflichtung ihn lebenslänglich zu ernähren — liegt ein **negotium mixtum cum donatione.** Denn wenn es auch zum größten Theil Schenkung ist, so hat sich doch der Schenker jedenfalls einen Vortheil ausbedungen.[5]) Verwickelter ist der Fall, wenn man Jemandem ein Landgut schenkt, und dabei nicht sich, sondern einem Dritten Etwas ausbedungen hat. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dies ungültig. Der Schenker kann nicht daraus klagen, denn er hat sich keinen Vortheil ausbedungen; der Dritte nicht, da er nicht contrahirt hat. Dennoch soll dieser ausnamsweise eine **utilis actio** haben.[6]) Manche haben hierin eine Aufhebung des allgemeinen Princips finden wollen. Allein der Fall ist nicht nach diesem, sondern nach folgender Analogie zu beurtheilen. Hätte der Schenker ein Testament

---

1) l. 29. pr. D. de donatt. 39, 5. Pap.

2) l. 65. §. 2. D. de cond. ind. 12, 6. Paul.

3) l. 34. §. 1. D. 39, 5. Paul. Paul. S. R. 5. 11 §. 6.

4) Cod. 8, 55: de donationibus, quae sub modo uel condicione uel certo tempore conficiuntur.

5) l. 18. pr. §. 1. D. 39, 5. Ulp. l. 9. l. 22. C. 8, 54.

6) l. 3. C. 8, 54.

gemacht, und in solchem dem Beschenkten das Landgut als Vermächtniß hinterlassen, mit der Verpflichtung, einem Dritten Alimente zu zahlen, so würde Letzterer aus diesem Vermächtniß eine Klage haben. Er soll eine Klage haben, obgleich nicht die Form einer letztwilligen Verfügung, sondern die einer Schenkung unter Lebenden gewählt ist.

Verbindlichkeit zur Alimentation.[1])

Das Eigenthümliche dieser Verbindlichkeit wird durch **naturalem praestationem habere** bezeichnet. Dies heißt nicht bloß, ihre Natur sei **bonae fidei**, im Gegensatz des **strictum jus**, sondern geht noch weiter. Die Verpflichtung wird mit noch freierer Willkür behandelt als nach **jus gentium** anzunehmen ist, sie steht überall nicht unter den strengen Regeln des Rechts.

Bedingungen. 1) Reichthum auf der einen, Armuth auf der andern Seite, d. h. der Verpflichtete muß mehr haben als zur eignen Erhaltung gehört, und der Berechtigte muß sich in einer hülflosen Lage befinden.[2]) Diese Bedingung ist negativer Natur.

2) Ein positives Verhältniß zwischen beiden Personen. Dahin gehört:

a) Vertrag. Das Maaß der Alimente ist nach dessen Inhalt und der Auslegung desselben zu bestimmen.

b) Verwandtschaft, nicht die civile sondern die bloß naturale Cognation. Eheliche und außereheliche Verwandtschaft machen nach römischem Recht nur bei der Mutter keinen Unterschied.. Doch nicht jede Verwandtschaft genügt, sie muß in gerader Linie sein. Zunächst trift die Verpflichtung den ehelichen Vater, Großvater u. s. w., sodann die Mutter und deren Ascendenz: zuletzt die Kinder, Enkel u. s. w.[3]) Die für die Verbindlichkeit der Geschwister oft angeführte Stelle[4]) beweist das Gegentheil.

---

1) Dig. 25, 3. Cod. 5, 25: de (agnoscendis et) alendis liberis uel (ac) parentibus (uel patronis uel libertis.)

2) l. 5. §. 7. D. 25, 3. Ulp. l. 2. C. 5, 25.

3) l. 5. §. 1—5. §. 13. 14. Ulp. l. 8. Marcell. D. 25, 3.

4) l. 1. §. 2. D. tutelae. 27, 3. Ulp.

c) Patronat. Der Freigelassene hat, in Folge des alten Clientenverhältnisses, den armen Patron zu alimentiren. Nicht umgekehrt. Doch verliert der Patron, wenn er es unterließ, den Anspruch auf die Erbschaft des Freigelassenen, wenn dieser später Etwas erwarb.

Verhältniß unehelicher Kinder zum Vater. Da sie im juristischen Sinn dessen Verwandte nicht sind, so erkannte das ältere römische Recht auch die Alimentationspflicht des Vaters nicht an. Nach Justinians Vorschrift [1]) sollen Concubinenkinder ein beschränktes Erbrecht haben, welches gewissermaßen die Stelle der Alimente vertritt. Doch lag darin keine Erweiterung der eigentlichen Alimentenobligation: alsdann hätten sie vor Allem eine Klage gegen den Vater haben müssen. Diese stand ihnen jedoch nicht zu.

Im heutigen gemeinen Recht wird indessen die Verpflichtung des Vaters, alle unehelichen Kinder — nicht bloß die Concubinenkinder, welche juristisch nicht mehr vorkommen — zu alimentiren, allgemein anerkannt. Eine sehr verbreitete Theorie leitet diese Verpflichtung aus einem Delict ab, in folgender Weise. Wäre es erweislich, daß nur ein bestimmter Mann mit einer bestimmten Mutter in einem Geschlechtsverhältniß gestanden, so hätte er das Kind zu alimentiren. Bei der Ehe gilt die Rechtsvermuthung: **pater est quem nuptiae demonstrant.** Im Fall des außerehelichen Verhältnisses tritt eine Unbestimmtheit ein, an welcher der Vater durch sein Delict schuld ist, da die Reichsgesetze jedes außereheliche Geschlechtsverhältniß verbieten. Das Kind muß dafür entschädigt werden, und die Entschädigungssumme sind die Alimente. Daraus folgt denn consequent, daß, wenn Mehrere mit der Mutter innerhalb der von dem ehelichen Verhältniß entlehnten Frist (182—300 Tagen vor der Geburt) zu thun hatten, alle solidarisch verhaftet sind.

Diese Argumentation ist nicht zu billigen, da die Reichsgesetze den außerehelichen Beischlaf als ein Delict gegen die Sittlichkeit, nicht aber gegen das Kind, die mögliche Folge des Beischlafs, bezeichnen. Richtiger ist es, die im canonischen

---

1) Nov. 89. c. 12. 13.

Recht enthaltene Ansicht der Entstehung einer Verwandtschaft zwischen zwei Concumbenten zum Grunde zu legen, und für die Folgen des Beischlafs die Analogie des ehelichen Verhältnisses eintreten zu lassen, d. h. eine beschränkte Alimentationspflicht. Auch bei dieser Auffassung wird jeder, welcher in der gesetzlichen Zeit den Beischlaf vollzog, in Anspruch zu nehmen sein; allein es findet nur einmal die Wahl statt, da es unmöglich ist, daß die Zeugung von Mehreren ausging.

Umfang. Hier hat der Richter sehr freie Hand. Er bestimmt die Alimente nach dem Rang und Standesverhältniß beider Personen. [1]) Noch mehr tritt die Freiheit darin hervor, daß die Alimentenklage in Fällen gestattet wird, in welchen keine andere Klage zugelassen ist. Nicht bloß emancipirte sondern auch Hauskinder dürfen mit der Klage auftreten. Sie sollen gegen Noth und Untergang geschützt werden.

Ende. Die Verbindlichkeit zur Alimentation hört auf, wenn ihre Bedingungen wegfallen, wenn der Verpflichtete verarmt, wenn der Berechtigte Vermögen erhält, oder in den Stand kommt, sich selbst zu ernähren.

Sechstes Kapitel. Handeln.

Bevollmächtigung, Mandatum[2]).

Begriff. Die Bevollmächtigung oder das Mandat ist ein einseitiger Vertrag, durch welchen Jemand — Mandatar, mehrdeutiger ist Procurator — einem Andern, dem Mandanten, verspricht, ein Geschäft unentgeldlich zu besorgen. Der Vertrag ist ein Consensualcontract. Da das Mandat sich oft auf längere Zeit erstreckt, und Zeit wie Kraft des Geschäftsführers bedeutend in Anspruch nimmt, so kann es auffallend erscheinen, daß dessen Eingehung so sehr erleichtert, und nicht an die strenge

1) l. 5. §. 7. 10. D. 25, 3. Ulp.

2) Gai. 3, 155—162. Inst. 3, 26: de mandato. Paul. 2, 15: de mandatis. Dig. 17, 1. Cod. 4, 35: mandati uel contra. Coll. Mos. 10, 2. §. 3.

Form der Stipulation geknüpft war. Die Gründe, welche beim Kauf zur erleichterten Eingehung führten, daß solcher oft über die unbedeutendsten Gegenstände abgeschlossen wird, und im Leben so häufig vorkommt, treten bei dem Mandat nicht ein. Allein das Gefährliche besteht nur darin, daß man dadurch auf lange Zeit in Rechtsverhältnisse verwickelt werden kann. Dieser Gefahr wird, ebenso wie bei der Societät, dadurch vorgebeugt, daß einseitige Kündigung zugelassen ist. Auf die Form kommt beim Mandat also nichts an, der Wille genügt zur Klagbarkeit[1]). Er muß beiderseits ernstlich gerichtet sein auf die Eingehung eines Vertrages. Bloßer Rath macht Niemanden zum Mandanten, und verbindet nur, wenn Arglist damit in Verbindung stand.

Der Ausdruck Geschäft ist ein umfassender Begriff. Nicht Arbeit allein ist Gegenstand des Mandats. Das Geschäft darf jedoch in keinem Verbrechen, überhaupt nicht in etwas Unsittlichem bestehn: denn dadurch wird jeder Vertrag ungültig.

Am häufigsten bezieht sich das Geschäft auf den, von welchem der Auftrag ausging. Es kann sich auch auf den Mandanten und Mandatar zugleich beziehn, oder auf den Mandanten und einen Dritten. Ja sogar auf einen Dritten allein oder auf den Dritten und den Mandatar. Dem scheint ein Mangel an Interesse von Seiten des Mandanten entgegenzustehn. Allein ein solches liegt vor: der Mandant wird dem Dritten verpflichtet, indem er sich in dessen Geschäfte einmischt, sei es in Folge eines vorgängigen Auftrags oder als freiwilliger Geschäftsführer. Betrifft das Geschäft dagegen den Mandatar allein, so soll der Vertrag nicht als Mandat, sondern als guter Rath mit schlecht gewähltem Ausdruck angesehen werden. Hat hier der Mandatar nur auf Anlaß des ertheilten Auftrags gehandelt, so kann er von dem Mandanten Entschädigung verlangen[2]). Der Vertrag muß einseitig sein und unentgeldlich. Uebertragt man einem Handwerker

---

1) l. 1. pr. D. 17, 1. Paul.

2) pr. §. 1—6, J. 3, 26. l. 2. Gaj. l. 6. §. 4. 5. Ulp. l. 8. §. 6. Ulp. D. 17, 1. l. 28. D. de negot gestis. 3, 5. Javolen.

eine Mauer zu ziehen und er thut es unentgeldlich, so liegt ein Mandat vor, läßt er sich dafür bezahlen, so ist es Dienstmiethe. Ein nachheriges Geschenk an den Mandatar ändert nichts: es ist nicht Gegenstand der Obligation und Klage. Auch ein erzwingbares salarium kommt beim Mandat vor. Allein nur bei einem solchen, welches auf liberale Arbeiten gerichtet war, indem die Dienstmiethe sich nach römischen Ansichten auf die illiberalen beschränkte. Bei jenen war früher kein Lohn gebräuchlich: als er später eintrat, ward er nicht in das Contractverhältniß, in die Klage vor dem judex, aufgenommen, sondern stand unabhängig für sich, und ward durch eine extraordinaria cognitio vor dem praeses provinciae verfolgt[1]). War daher bei illiberalen Arbeiten ein klagbares salarium bedungen, so ward ein Mieth- nicht ein Mandats-Vertrag angenommen.

Verbindlichkeiten des Mandatars. Der Mandatar wird auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten mit der directen Mandatsklage, mandati actio, belangt. Sie bestehen in Folgendem:

Besorgung des Geschäfts in der Art, wie es übertragen ward. Soll a für b ein Haus für 5000 kaufen, so darf er solches für einen geringeren, nicht für einen höheren Preis erstehen. That der Mandatar das letzte, so ist sein Vertrag für den Mandanten alsdann verbindlich, wenn Jener den Mehrbetrag aus eigenen Mitteln zuschießen will. Diese Ansicht gilt für das justinianische Recht[2]). Allein nicht bloß die gegebenen Vorschriften sollen genau eingehalten werden, der Mandatar hat überhaupt das Interesse des Mandanten, soweit es irgend möglich ist, zu fördern.

Sodann muß der Mandatar herausgeben, was er aus dem Auftrag in Händen hat. Dabei können verschiedenartige Zinsen in Betracht kommen: eincassirte, Verzugszinsen, Strafzinsen von 12 pC. im Fall einer Veruntreuung. Grundlage

1) l. 6. pr. Ulp. l. 7. Pap. D. 17, 1. l. 1. C. 4, 35.
2) §. 8. J. 3, 26. l. 3. 4. 5. §. 3. D. 17, 1. Paul. Gaj.

von diesem Allen bildet die Rechnungsablage über Einnahme und Ausgabe[1]).

Endlich hat der Mandatar den Schaden zu ersetzen, welcher durch schlechte oder versäumte Geschäftsführung entstanden ist. Arglist infamirt ihn, denn das Rechtsverhältniß ist auf besonderes Zutrauen gegründet. Für grobes Versehen haftet er ebenfalls, nicht für den Zufall. Für geringe Versehen hätte er nach allgemeinen Grundsätzen nicht aufzukommen: denn er arbeitet unentgeldlich und ohne Rücksicht auf eignen Vortheil. Allein[2]) auch für diese muß er haften, selbst ohne die Milderung geringerer auf eigne Angelegenheiten verwendeter Sorgfalt. Denn es steht in der Willkür eines Jeden, wie er die eignen Geschäfte besorgen will: wer fremde übernahm, hat sich hiedurch zur größten Sorgfalt stillschweigend verbindlich gemacht.

Verbindlichkeiten des Mandanten. Wider ihn ist die Gegenklage gerichtet. Der Mandatar soll durch das Mandat nichts gewinnen, aber auch nichts einbüßen. Hat er Auslagen und Kosten gehabt, so kann er deren Erstattung fordern. Diese Pflicht kann sich nicht bloß auf Nebenauslagen, sondern auch auf die Hauptsache erstrecken. Beispiel: **a** kauft im Auftrag des **b** Waizen, und zahlt den Kaufpreis: **b** weigert die Bezahlung des Kaufpreises[3]).

Ende. 1) Durch Widerruf des Mandanten: **revocatio.**

2) Durch Kündigung des Mandatars, **renunciatio.** Zu jeder Zeit, aber in redlicher Weise, also zu einer Zeit, wo es dem Mandanten möglich ist, das Geschäft selbst oder durch Andere noch besorgen zu lassen.

3) Durch den Tod des Mandanten. Dies kann dadurch beseitigt werden, daß das Mandat auf die Erben gestellt wird. Dann gilt es so lange bis diese gekündigt haben. Eine stillschweigende Uebertragung auf die Erben liegt in einem Auftrag, welcher nach dem Tode des Mandanten besorgt werden soll.

---

1) l. 56. §. 2. Pap. l. 20. pr. Paul. l. 10. §. 2. 3. 8. 9. Ulp. D. 17, 1.

2) l. 13. 21. C. 4, 35.

3) l. 12. §. 8. 9. D. 17, 1. Ulp.

4) Durch den Tod des Mandatars. Auf dessen Erben läßt es sich nicht stellen, da man nicht weiß, wer sie sein werden [1]).

Assignation.

Sie enthält ein doppeltes Mandat von Seiten des Ausstellers, Assignanten. Das eine an den Assignatar, Geld von einem Dritten zu heben, das andere an diesen Dritten, den Assignaten, es zu zahlen. Häufig wird hier für Mühe und Gefahr eine Provision gegeben: dann ist das Geschäft streng genommen kein Mandat sondern Miethe. Eine besondere Anwendung davon sind die Creditbriefe, welche bald auf eine bestimmte Summe lauten, bald ohne Grenze ertheilt werden. Wechsel werden von Manchen angesehen als Assignationen, welche den Namen Wechsel führen. Andere betrachten sie als formelle Contracte von eigenthümlicher Natur, welche das neuere Handelsrecht zur Grundlage haben. Das Eigenthümliche besteht darin, daß sie ein klagbares Summenversprechen sind. Bei Assignationen wird gestritten, ob das Zahlungsmandat bis zur Zahlung oder nur bis zu der vom Assignaten dem Assignatar geschehenen Annahme, Acceptation, zulässig sei. Nach römischem Recht bis zu jenem [2]), nach heutigem bis zu diesem Zeitpunkt.

Freiwillige Geschäftsführung, negotia gesta [3]).

Das Mandat ist die Uebernahme fremder Geschäfte mit, die Geschäftsführung deren Uebernahme ohne Vertrag. Verpflichtet ist der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn zu Allem, wozu der Mandatar dem Mandanten verbunden ist. Die freiwillige Einmischung in die Geschäfte eines Dritten entbindet den Geschäftsführer von keiner Verpflichtung des Mandatars. Die directe Klage aus der Geschäftsführung, negotiorum gestorum actio, geht daher auf dieselben Gegenstände wie die directe Mandatsklage [4]). Zu ihrer Begrün-

---

1) l. 9. 10. 11. J. 3, 26.
2) l. 106. Gaj. 108. Paul. D. de solutt. 46, 3.
3) Paul. 1, 4. Dig. 3, 5. Cod. 2, 19.: de negotiis gestis.
4) §. 1. J. de obligatt. quasi ex contractu. 3, 27.

dung gehört nur die Thatsache der Geschäftsführung[1]). Andererseits hat der Geschäftsführer die Gegenklage. Sie erfordert, daß bei der Geschäftsführung die Absicht zum Grunde lag, mit einem Andern in ein obligatorisches Verhältniß zu treten. Das heißt nicht soviel: der Geschäftsführer muß beweisen, daß er die Absicht zu Obligiren gehabt, oder gar, daß er an den bestimmten Quasi-Contract der freiwilligen Geschäftsführung gedacht habe. Das Letzte ist widersinnig, das Erste unrichtig. Ein derartiger Beweis läßt sich in der Regel nicht erbringen. Wer die Geschäfte eines Anderen führt, hat selten die Absicht, in Rechtsverhältnisse zu treten, sondern Beweggründe der Freundschaft, des Wohlwollens, u. s. w. Die Absicht zu obligiren liegt schon in der Uebernahme des fremden Geschäfts. Wird deren Vorhandensein besonders gefordert, so soll damit nur gesagt werden, aus den Umständen des Falls dürfe nicht umgekehrt hervorgehn, daß eine andere Absicht zum Grunde lag. Kann also der Gegner den Beweis führen, daß in der Absicht zu schenken gehandelt sei, so ist dadurch die Absicht zu obligiren ausgeschlossen. Beispiel: Nahm Jemand einen armen Verwandten zu sich, ernährte ihn, entzweite sich nachmals, und wollte nun behaupten, daß er fremde Geschäfte geführt habe, so würde er mit seinem Anspruch nicht durchdringen, weil er bei der Uebernahme nicht die Absicht hatte zu obligiren[2]). Die Geschäftsführung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß man irrthümlicher Weise ein Mandat voraussetzte. Denn die Absicht zu obligiren ist hier jedenfalls vorhanden. Auch kommt nichts darauf an, ob dem Geschäftsführer die Person, deren Geschäfte von ihm besorgt werden, bekannt ist: sogar dann, wenn er dabei an eine andere Person dachte, findet ein Anspruch gegen die statt, deren Geschäfte wirklich geführt sind. Ebenso gleichgültig sind die Motive der Geschäftsführung. Meistens Freundschaft und Wohlwollen, bisweilen auch Eigennutz[3]).

Ausgeschlossen wird sie theils durch Verbot[4]), theils durch

---

1) l. 3. pr. Ulp. l. 6. §. 2. 3. Jul. D. 3, 5.
2) l. 34. Paul. l. 27. §. 1. Mod. l. 4. Ulp. D. 3, 5. l. 15. 12. C. 2, 19.
3) l. 5. Ulp. l. 6. §. 8. Jul. l. 31. pr. §. 7. Pap. D. 3, 5.
4) l. 8. §. 3. D. 3, 5.

den Mangel eines wahren Interesse von Seiten des Geschäftsherren[1]).

Pflicht zur Beerdigung[2]). Sie läßt sich theils vom policeilichen Standpunkt aus, denn die Leichen sollen nicht unbestattet bleiben zum Nachtheil der Gesundheit der Lebenden, theils vom religiösen Standpunct betrachten, da das Gefühl es als heilige Pflicht anerkennt, dem Todten die letzte Ehre zu erweisen. Wer hat diese Verpflichtung zu übernehmen? Zunächst der Erbe. Hinterläßt Jemand keine Erben, z. B. ein Hauskind ohne Vermögen, so trifft die Pflicht den Vater. Ebenso den Wittwer, wenn die Frau keine Erben hinterläßt. Die Verbindlichkeit läßt sich theils direct geltend machen, extra ordinem, durch policeilichen Zwang: theils indirect, indem man dem, welcher sich freiwillig der Sache annimmt, eine Forderung gegen den Verpflichteten gestattet, funeraria actio. Sie ist eine Klage aus freiwilliger Geschäftsführung mit besonderen Begünstigungen.[3]). So namentlich, daß beim Concurs die Forderung wegen der Leichenkosten in die erste Classe der Gläubiger gesetzt ist[4]).

Lex rhodia de jactu[5]).

Die Ueberschrift des Pandectentitels scheint auf Rechtssätze hinzudeuten, welche aus einem positiven Seegesetze von Rhodus entnommen wären. Allein in dem ganzen Titel werden nur Grundsätze des echt römischen Obligationenrechts entwickelt. Die Benennung lex rhodia kommt wohl nur daher, daß die Römer durch die Bekanntschaft mit dem ausgebildeten See- und Handels-Recht von Rhodus zuerst darauf hingewiesen wurden, die hier behandelte Frage zu entscheiden. Der Fall ist folgender. Ein Schiff, mit Waaren mehrerer Kaufleute befrachtet, kommt in Gefahr zu scheitern: ein Theil der Waaren muß über Bord geworfen werden, und

---

1) l. 9. l. Scaev. 10. §. 1. Ulp. D. 3, 5.

2) Dig. 11, 7.: de religiosis et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat.

3) l. 12. §. 4. Ulp. l. 21. Paul. l. 28. Pomp. D. 11, 7.

4) l. 45. D. 11, 7. Marcian.

5) Paul. 2, 7.: ad legem rhodiam. Dig. 14, 2.: de lege rhodia de jactu.

das Schiff wird dadurch gerettet. Der Strenge nach hätte ein Theil der Waaren eines Jeden geworfen werden müssen. Dies ist im Augenblick der Noth weder möglich, noch zweckmäßig. So haben die Waaren des Einen vielleicht dazu gedient, das Schiff und alle übrigen zu retten. Den Eigenthümern der geworfenen Waaren allein den Schaden aufzubürden, wäre unbillig. Daher soll eine Ausgleichung durch Berechnung stattfinden. Man ermittelt einerseits, den Werth der Waaren, mit denen das Schiff ursprünglich befrachtet ward. Dabei ist zugleich der Werth des Schiff's mit in Anschlag zu bringen, nicht aber der Reiseproviant. Andererseits berechnet man den Werth der geworfenen Waaren für sich, und findet durch Vergleichung beider Summen die Procente, welche geopfert werden müssen. Diesen Procentsatz hat Jeder von dem ihm ursprünglich gehörenden Werth herzugeben, zur Entschädigung derer, welche Mehr als Soviel beim Werfen verloren haben. — Das Verfahren entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts. Die Waaren werden geworfen auf Geheiß des Schiffscapitains. Indem dieser die gesammten Waaren des Einen nahm, also mehr als solcher nach gerechter Vertheilung zur Rettung beizutragen hatte, ist er demselben aus dem Frachtcontract zur Entschädigung verpflichtet. Da er jedoch nicht willkürlich zu eigenem Vortheil handelte, sondern zum Besten Aller, so hat er aus dieser Geschäftsführung eine Regreßklage gegen die Uebrigen. Der übermäßig Benachtheiligte ist jedoch im Stande, auch unmittelbar gegen die übrigen Waareneigenthümer zu klagen. Denn er kann den Schiffsführer zur Cession seiner Klagen zwingen, und wo ein solcher Zwang möglich ist, findet im neueren Recht eine utilis actio statt, ohne daß es der Cession bedarf [1]).

In ähnlichen Fällen führen die Grundsätze des abgeschlossenen Contracts und der Geschäftsführung zu demselben Resultat. So beim Caperlösegeld [2]). Die Voraussetzungen sind: Verlust in gemeinsamer Gefahr zum Besten und mit

1) l. 2. Paul. 4. Callistr. 5. pr. Hermog. D. 14, 2.
2) l. 2. §. 3. D. 14, 2. Paul.

Erfolg für die Sachen Anderer. So bei Kriegs- Feuers-Gefahr. Letzteres oftmals bedenklich, wegen Ungewißheit der Frage, wann geholfen ist.

Missio in bona, cura bonorum[1]).

Verwandt mit Mandat und freiwilliger Geschäftsführung, jedoch eigenthümlich modificirt, sind die Fälle der missio in bona und der cura bonorum.

Der in den Güterbesitz seines Schuldners eingewiesene Gläubiger kann in Betreff der Verwaltung nicht als Geschäftsführer angesehen werden, da er sein eigenes Interesse vertritt[2]), und deshalb nur für Arglist und grobes Versehen haftet[3]). Es wird aber ihm wie gegen ihn eine der Klage aus der Geschäftsführung analoge in factum actio gegeben[4]).

Eine cura bonorum tritt ein, wo, neben einer Geschäftsführung, deren Beaufsichtigung durch die Obrigkeit in öffentlichem Interesse nothwendig wird. Als:

1) Zur Verwaltung einer Concursmasse, wo der Richter an die von der nach der Größe der Forderungen zu berechnenden Mehrheit der Gläubiger getroffene Wahl gebunden ist[5]).

2) Eine Mehrzahl von Fällen, in denen einer Erbschaft, welche ihres Repräsentanten entbehrt, bald in dessen, bald in der Gläubiger Interesse, ein Curator bestellt wird. Das Nähere hierüber im Erbrecht.

3) Zur Verwaltung der Güter eines Abwesenden, Verschollenen, bald in dessen bezüglich seiner Erben, bald in der Gläubiger Interesse[6]). Keiner dieser Curatoren wird, Noth-

---

1) Dig. 42, 5. Cod. 7, 72: de rebus (bonis) auctoritate judicis possidendis. Dig. 42, 7. de curatore bonis dando. 43, 4. ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. Decret. Greg. 2, 15. Sext. 2, 7: de eo qui mittitur in possessionem causa rei seruandae.

2) l. 9. §. 4. D. 42, 5. Ulp.

3) l. 9. §. 5. D. 42, 5. Ulp.

4) l. 9. pr. §. 1—3. 6. Ulp. l. 14. §. 1. Paul. D. 42, 5.

5) l. 2. pr. Ulp. D. 42, 7. l. 5. Gaj. 9. Nerat. D. de cur. fur. 27, 10. heutzutage unpractisch.

6) l. 15. pr. Ulp. D. ex qu. caus. maj. 4, 6. Ulp. l. 6. §. 4.

fälle abgerechnet, zur Annahme seines Amtes gezwungen [1]). Jeder hat demnach bei dessen Ausübung für geringe Versehen einzustehn, ohne sich durch den Nachweis, daß er in eignen Angelegenheiten minder sorgfältig sei, befreien zu können [2]), keiner von ihnen darf ohne Genehmigung des Gerichts veräußern, es müßten denn die Gegenstände durch Zögerung zu Grunde gehen [3]). Abgesehen von diesen Abweichungen gilt die Analogie vormundschaftlicher Verwaltung.

Verwaltung des Richteramts [4]).

Vom Schiedsrichteramt war beim Compromiß zu handeln. In Bezug auf die Verwaltung des Richteramtes gehört hieher die Beantwortung der Frage, inwiefern ein judex verhaftet ist, wenn er erweislich ein ungerechtes Urtheil gesprochen hat? Für die Bejahung spricht, daß er als Sachverständiger urtheilte, für die verneinende Ansicht, daß er mit den Parteien nicht in Contractverhältnissen stand, sondern in öffentlicher Function handelte. Die Römer machten ihn verantwortlich, wenn er wider besseres Wissen gesprochen, sich einer Arglist oder eines groben Versehens schuldig gemacht hatte, si litem suam fecit. Man faßte dies als Quasicontract auf [5]), die Verurtheilung des judex ging auf in quantum ea de re aequum religioni judicantis visum fuerit, auf den Werth des Rechtstreits. Diese Grundsätze hingen zusammen mit der eigenthümlichen Stellung des judex, einer Privatperson, welche im einzelnen Fall in öffentlicher Function auftrat. Nie ging diese Klage gegen den magistratus.

D. de tutel. 26, 1. Ulp. l. 6. §. 2. D. qu. ex caus. in poss. 42, 4. Paul. l. 1. §. 4. D. de muner. 50, 4. Hermog. l. 3. C. de postlimin. 8, 51.

1) l. 2. §. 3. D. 42, 7. Ulp. l. 1. §. 4. D. de muner. 50, 4. Herm.

2) l. 9. §. 5. D. 42, 5. Ulp.

3) l. 48. D. de adm. tut. 26, 7. Herm. l. 1. §. 4. D. de muner. Herm.

4) Dig. 2, 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur. L, 13: de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur. Cod. 7, 49: de poena iudicis, qui male iudicaverit.

5) l. 15. §. 1. D. de iudiciis. 5, 1. Ulp. pr. J. de obligatt. quasi ex delicto. 4, 5.

Wenn dagegen der **praetor** ein **jus iniquum** giebt, einen unrichtigen Rechtssatz aufstellt, indem er einen **judex** niedersetzte, und diesem eine schlechte Instruktion gab, so soll ihn und die Partei, welche ihn dazu verleitete, die eigenthümliche Strafe treffen, daß sie sich in eigenen Rechtsverhältnissen dasselbe gefallen lassen müssen, was der **praetor** hier aufgestellt hat, und zwar gegen Jeden, der sich darauf berufen will[1]).

Daß dieses letzte publicistische Institut auf heutige Verhältnisse unanwendbar sei, wird allgemein anerkannt. Allein auch das Erstere kann heutzutage der richtigen Ansicht zufolge wegen der veränderten Stellung unserer Gerichte, nicht angewendet werden. Die Praxis giebt nach der Kammergerichtsordnung[2]) die Syndikatsklage, **actio male judicati sive ex syndicatu**, gegen Richter, welche durch Betrug oder Arglist, nicht aber durch Uebersehen, Unfleiß, Unwissenheit, oder Irrsaal, mittelst Urtheils einer Partei geschadet haben.

Lösung von Rechnungsfragen.[3])

Gegen einen Feldmesser, welcher, aufgefordert zur Ausmittelung der Grenze, diese wider besseres Wissen zieht, aus Arglist ein falsches Maaß angiebt, ist eine **in factum actio** gerichtet. Läge hier ein reines Contractverhältniß vor, so müßte für geringes Versehen gehaftet werden. Das Verhältniß der alten Agrimensoren war aber ein öffentliches, sie waren bisweilen selbst Richter, wurden nach Analogie des **judex** behandelt, und daher nur für Arglist und grobes Versehen verantwortlich gemacht. — Später dehnte man dies auf andere Fälle aus, wo von Sachverständigen durch Maaß und Gewicht etwas technisch bestimmt werden soll. Daß auch hier nicht für geringe Versehen gehaftet werde, läßt sich nur aus dem historischen Zusammenhang erklären und ist inconsequent. Denn derartige Sachverständige stehen in einem reinen Contractverhältniß mit dem, welchem sie dienen. Beide Sätze lassen sich so vereinigen, daß man dem, welcher den

---

1) D. 2, 2.

2) Thl. 3. Tit. 53. §. 5. 6. 10.

3) **Dig. 11, 6**: si mensor falsum modum dixerit.

Sachverständigen zur Untersuchung bestellt hat, gegen diesen Ansprüche aus dem Mandat formiren läßt, wo wegen geringer Versehen zu haften ist: die hier berührte Klage dagegen dem Dritten giebt, welcher zufällig durch den Ausspruch des Sachverständigen in Schaden kam.

Die Praxis pflegt inconsequenterweise den mensor, wenn er unentgeldlich diente, wegen groben, sonst wegen geringen Versehens haften zu lassen.

Gegenseitige Geschäftsobligationen.

Siebentes Capitel. Tauschverträge.

Kauf[1]).

Begriff. Der Kauf ist ein Consensualcontract. Auf Erfüllung von einer Seite, auf die Form der Willenserklärnng kommt an sich nichts an. Er ist ein Vertrag, durch welchen der Eine verspricht, ein Recht zu übertragen, der Andere Geld zu zahlen. Jeder giebt Etwas, die Gegenstände werden umgewechselt. Der Kauf ist nur eine Anwendung des abstracteren Begriffs Tausch: ein Tausch, bei welchem von der einen Seite Geld gegeben wird[2]).

Gegenstand. Das Recht, dessen Uebertragung versprochen ward, kann sehr verschiedenartig sein. Im gemeinen Leben meistens eine Sache, worunter man sich gewöhnlich deren Eigenthum denkt. Allein auch Erbschaften, Servituten, Emphyteuse, Superficies, sogar Schuldforderungen, überhaupt ein selbstständiges Vermögens-Recht. Für den häufigsten Fall, den Verkauf einer Sache, gelten folgende Rechtsgrundsätze.

Die Sache muß als existirend gedacht werden. Verkauft man eine Sache in dem irrigen Glauben, sie existire,

---

1) Gai, 3, 139—141. Inst. 3, 23. Decret. Greg. 3, 17: de emtione et uenditione. Dig. 18, 1. Cod. 4, 38. Theod. 3, 31: de contrahenda emtione (et uenditione) (et de pactis inter emtorem et uenditorem compositis, et quae res uenire non possunt).

2) l. 1. pr. D. 18, 1. Paul.

so ist kein Kauf vorhanden. Wohl aber giebt es einen Kauf künftiger Sachen z. B. von Früchten des kommenden Jahres [1]) und zwar in zwiefacher Weise: entweder unter der Voraussetzung, daß die Sache zur Existenz kommen werde, oder ohne diese Voraussetzung. Verkauft Jemand die Früchte seines Landguts im künftigen Jahr, so wird vorausgesetzt, daß das Gut Früchte trage. Trägt es nichts, indem es durch Krieg verwüstet, oder durch Wasser überschwemmt ward, so ist kein Kauf vorhanden. Hat ein Fischer seine Netze ausgeworfen, und den Fischzug verkauft, so muß gezahlt werden, selbst wenn nichts gefangen wird [2]).

In welchem Verhältniß muß die Sache zum Eigenthum stehen?

1) Sie muß dessen fähig sein. Ward eine dem Verkehr entzogene Sache verkauft und der Käufer wußte es, so ist das Geschäft ungültig: war dies nur dem Verkäufer bekannt, so ist es gültig, und dieser zur Entschädigung verpflichtet: haben beide nicht darum gewußt, so ist das Geschäft in der Regel ungültig. Ward jedoch ein freier Mensch verkauft, so ließ man eine Ausnahme zu, die in den römischen Verkehrsverhältnissen ihren Grund hat: ein Freier ist vom Sclaven schwer zu unterscheiden. Hier soll der Verkäufer den Käufer entschädigen [3]).

2) Der Käufer darf nicht schon Eigenthümer sein: Niemand kann seine eigene Sache kaufen [4]).

3) Nicht erforderlich ist, daß der Verkäufer Eigenthümer sei. Alsdann kann er den Käufer nicht zum Eigenthümer machen. Dies zu thun ist er nicht verpflichtet, sondern nur zur Gewährleistung [5]).

Der Gegenstand des Kaufs muß genau festgesetzt sein, z. B. bei einem Landgut seinen Grenzen nach. Theilweise Unbestimmtheit findet sich:

---

1) l. 8. pr. D. 18, 1. Pomp. vgl. l. 34 §. 2. D. 18, 1. Paul.

2) l. 8. pr. §. 1. D. 18, 1. Pomp.

3) l. 6. pr. Pomp. 34. Paul. 70. Lic. 4. Pomp. 5. Paul D. 18, 1.

4) l. 16. pr. Pomp. l. 34. §. 4. Paul. D. 18, 1. l. 45. pr. D. de R. J. 50, 17. Ulp.

5) l. 11. §. 2. D. de actt. emti. 19, 1. Ulp. l. 25. §. 1. D. 18, 1. Ulp.

1) Beim Verkauf nach Maaß. Beispiele: Man kauft aus einem gewissen Faß 50 Quart Wein à 1 Thlr.: oder, den in einem Faß befindlichen Wein à Quart 1 Thlr. Im ersten Fall ist der Gegenstand gegen den Rest unbegrenzt, im zweiten der Kaufpreis unbestimmt. Beide Fälle werden als bedingtes Geschäft angesehen. Die Bedingung ist das Abmessen [1]).

2) Beim Verkauf auf Probe. Beispiel: der Kauf eines Ankers Wein mit Vorbehalt nochmaliger Prüfung, um zu erklären, ob man ihn behalten wolle. Auch hier liegt ein bedingt abgeschlossenes Geschäft vor. Die Bedingung ist die Billigung [2]).

Kaufpreis. Der Käufer muß versprechen, Geld zu geben. Giebt er nichts, so ist es Schenkung, wenn Anderes als Geld, Tausch. Das Geld muß Aequivalent für die Sache sein. Zwar kann der Preis, selbst absichtlich, geringer gestellt werden, als der Werth der Sache, er darf jedoch nicht zum Scheinpreis herabsinken [3]). Der Kaufpreis muß bestimmt sein. Die Verabredung, dafür zu verkaufen, was die Sache werth sei, bindet nicht. Die Bestimmtheit wird meistens durch Zahlen ausgedrückt. Auch eine relative genügt; Beispiele: Man verkauft für das Geld, was in einem bestimmten Beutel ist; oder: die Festsetzung des Kaufpreises wird der Willkür eines Dritten überlassen.

Abgeschlossen ist das Geschäft, sobald die Parteien über dessen wesentliche Bestandtheile, Preis und Gegenstand, einig sind [4]).

Wirkungen [5]). Die Verbindlichkeiten des Verkäufers werden von dem Käufer mit der Klage aus dem Kauf, emti, die des Letztern von dem Verkäufer mit der aus dem

---

1) l. 35. §. 5—7. D. 18, 1. Gaj.

2) l. 34. §. 5. D. 18, 1. Paul. l. 4. D. de periculo et commodo. 18, 6. Ulp.

3) l. 2. §. 1. Ulp. l. 1. §. 1. Paul. l. 36.Ulp. l. 38. Ulp. D. 18, 1.

4) pr. §. 3. J. 3, 23.

5) Paul. 2, 17. Fragm. Vat. §. 1—40: ex emto et uendito. Dig. 19, 1. Cod. 4, 49: de actionibus emti et uenditi.

Verkauf, venditi actio, geltend gemacht. Beide Klagen sind nicht bloß auf Erfüllung des Hauptgeschäfts gerichtet, sondern gehn auch auf die Verbindlichkeiten, welche gelegentlich dabei vorkommen, z. B. Auflösung des Geschäfts wegen Betrugs des anderen Contrahenten [1]).

Verbindlichkeiten des Verkäufers.

Sachkauf. Die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers einer Sache besteht in deren Uebergabe. Für die übrigen Gegenstände des Kaufs läßt sich keine allgemeine Regel geben. Ist der Geber Eigenthümer, so macht er den Empfänger dazu. Manche haben in den Begriff des Kaufs den Satz aufgenommen, daß dessen Inhalt die Uebertragung eines jeden Rechts mit Ausnahme des Eigenthums sein könne. Dies ist unrichtig, da der Käufer in den meisten Fällen Eigenthum erwirbt. Allein die Uebertragung des Eigenthums ist nicht Verpflichtung des Verkäufers, sondern nur die Uebergabe [2]). Der Satz ist historisch und practisch von Wichtigkeit. Wer ein Grundstück in Italien verkaufte, war nicht verpflichtet, den Käufer zum quiritarischen Eigenthümer zu machen, sondern nur zur Uebergabe: anders, wenn er das Grundstück mittelst Stipulation versprochen hatte. Hieraus erklären sich die Worte: emtor autem nummos venditoris facere cogitur [3]). Der Käufer muß den Verkäufer zum Eigenthümer des Geldes machen. Dazu genügt die Uebergabe; Geld ist res nec mancipi: ein italisches Grundstück aber res mancipi. Dieser Gegensatz ist im just. Recht verschwunden. Gleichwohl hat obiger Grundsatz noch practische Folgen. Wenn der Käufer nach der Uebergabe in Erfahrung bringt, daß sein Verkäufer ihn nicht zum Eigenthümer gemacht habe, so kann er deshalb von dem Geschäft nicht zurücktreten: denn bis dahin hat er nichts zu fordern. Wenn jedoch der wahre Eigenthümer die Sache ihm evincirt, so kann der Käufer seinen Regreß nehmen. Er

---

1) l. 11. pr. §. 6. Ulp. l. 29. Julian. D. 19, 1.
2) l. 11. §. 2. D. 19, 1. Ulp. l. 25. §. 1. D. 18, 1. Ulp.
3) l. 11. §. 2. cit.

würde dazu sofort berechtigt sein, wenn Uebertragung des Eigenthums eine Verbindlichkeit des Verkäufers wäre.

Der Verkäufer ist jedoch nicht eher zur Uebergabe verpflichtet, als bis der Käufer den Preis gezahlt hat. Klagt dieser früher, so kann der Verkäufer mittelst **doli exceptio**, heutzutage **exceptio non adimpleti contractus** genannt, die Uebergabe verweigern [1]). Mistraut der Käufer dem Verkäufer, so kann er verlangen, daß Uebergabe und Zahlung des Kaufpreises unmittelbar auf einander folgen.

Zu den zufälligen Verbindlichkeiten des Verkäufers gehört die Leistung des Interesse für den Fall, daß die Hauptverbindlichkeit unerfüllt bleibt. So lange die Erfüllung möglich ist, wird die Klage und nöthigenfalls die Hülfsvollstreckung hierauf gerichtet. Die Erfüllung kann unmöglich werden durch Arglist, Versehen, oder Zufall. Nach allgemeinen Grundsätzen, hat der Verkäufer nur für Arglist [2]) und jedes Versehen [3]) zu haften. Die **custodia**, für welche er in diesen Stellen verpflichtet wird, ist nichts als Sorgfalt bei Aufbewahrung der Sache, deren Gegensatz die **culpa** bildet. Da der Verkäufer den Stellen zufolge für die geringste Fahrlässigkeit aufzukommen hat, so liegt darin ein entschiedenes Argument gegen die Theorie von der Dreitheiligkeit der **culpa**, nach welcher derselbe nur für **levis** nicht für **levissima** haftet. Dieses um so mehr, als der Kauf ein Normalgeschäft ist, bei welchem allgemeine Grundsätze gewiß die vollste Anwendung finden. Nur eine Stelle [4]) macht Schwierigkeit. Von den Grundsätzen über **custodia** bei beweglichen Sachen machen Sclaven eine Ausnahme. Bei ihnen soll für **custodia** nur eingestanden werden, wenn der Verkäufer dies ausdrücklich zugesagt hat. Diese Grundsätze enthalten nichts positiv juristisches, sondern sind von den gewöhnlichen Bedürfnissen des Verkehrs abstrahirt. Um so auffallender ist am Schluß der Stelle der Zu-

---

1) l. 13. §. 8. D. 19, 1. Ulp.

2) l. 43. §. 2. Florent. l. 68. Proc. D. 18, 1.

3) l. 35. §. 4. D. 18, 1. Gaj. l. 38. pr. D. 39, 2. Paul. l. 2. §. 1. Gaj. l. 3. Paul. D. 18, 6. l. 31. §. 11. D. de aed. ed. 21, 1. Ulp.

4) §. 3. J. 3, 24.

satz: idem (was bei Sclaven gilt) et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Diese Worte stehen mit allen übrigen Stellen im Widerspruch, und können als ein verkehrter Versuch der Bearbeiter der Institutionen, die hinsichtlich der Sclaven gemachte Bemerkung noch fruchtbarer werden zu lassen, überall nicht angewendet werden.

Hinsichtlich des Vortheils, welchen der Verkäufer aus der Sache seit dem Abschluß des Kaufs zieht, gilt die Regel „Wer die Gefahr der Sache trägt, genießt den mit ihr gemachten Gewinn." Hat daher der Verkäufer eines Pferdes z. B. mit der Aquilischen Klage nach Abschluß des Kaufs einen Gewinn gemacht, indem das Pferd von einem Dritten verletzt ward, so muß er denselben nebst dem verwundeten Pferde herausgeben. Noch unzweifelhafter gebührt dem Käufer ein Gewinn, auf den er wahrscheinlich gerechnet hat, z. B. die Früchte seit Abschluß des Geschäfts [1]).

Forderungskauf [2]). Der Käufer einer Forderung kann von dem Verkäufer deren Cession verlangen. Sie vertritt die Uebergabe bei einer verkauften Sache. Wer eine Cession erzwingen kann, hat gegen den Schuldner unmittelbar eine utilis actio. So auch hier. Dabei ist insbesondere zu bemerken:

1) Der Verkäufer muß dafür haften, daß das nomen verum, nicht dafür, daß es bonum sei, wie die Neuern sagen, d. h. daß die Forderung an sich rechtsbegründet, nicht aber, daß der Schuldner zahlungsfähig sei. Aus besondern Gründen, z. B. wegen Arglist, kann er verpflichtet sein, auch für Letzteres einzustehen.

2) Nach einer Verordnung von Anastasius, bei den Neuern lex anastasiana genannt, deren Inhalt von Justinian noch bestimmter begrenzt ist, soll in dem Fall, wo der Käufer einer Forderung dem Verkäufer deren vollen Betrag nicht bezahlt hat, nur die Befugniß haben, sein Kaufgeld von dem

---

1) l. 13. §. 10. D. 19, 1. Ulpian. Vat. fr. §. 15.

2) Dig. 18, 4. Cod. 4, 39: de hereditate uel actione uendita. Nov. 160. (nicht glossirt.) Reichs. Pol. Ord. a. 1577. tit. 17. §. 9—11. tit. 19. §. 2. 3. Deput. Abschied v. 1600. §. 35. Jüngster Reichs-Abschied §. 174. z. A.

Schuldner einzuklagen, und die Differenz zwischen diesem und dem wahren Werth zum Vortheil des Schuldners erloschen sein. Der Grund dieser Vorschrift beruht auf der Annahme, daß mit Schuldforderungen ein für die Schuldner drückender Handel getrieben werde, welchen man durch Vernichtung des aus solchen Geschäften zu ziehenden Gewinns abschneiden wollte[1]). Diese Vorschrift, eine ergiebige Quelle von Streitfragen, ist in neuerer Zeit in vielen Ländern als den Verkehr hemmend mit Recht aufgehoben worden[2]).

Gewährleistung.

Einleitung. Der Ausdruck Gewährleistung umfaßt zwei verwandte Institute, die Evictionsleistung und das Aedilenedict: ein gemeinsamer Ausdruck für Beide fehlt den Römern. Wer eine Sache auf dem Wege der Veräußerung erwirbt, will sie haben, gebrauchen, genießen. Liegt die Ursache seiner getäuschten Erwartung in später eingetretenen Umständen — die Sache ist von ihm verdorben, von Andern gestohlen u. s. w. — so hat er den Schaden zu tragen. Beruht die Täuschung auf Gründen, die schon vor der Erwerbung vorhanden waren, so kann er von dem Veräußerer Gewährleistung fordern. Sie besteht in der Leistung einer Entschädigung für den nicht oder nicht ganz verschafften Gebrauch der Sache. Liegt die Ursache hievon in einem juristischen Mangel, z. B. wenn ein fremdes Pferd verkauft und von dem Eigenthümer mit Erfolg in Anspruch genommen ward, so findet Evictionsleistung statt: wenn in einem physischen Mangel, z. B. das Pferd litt an einem verborgenen Fehler und starb, so kommt das Aedilenedict zur Anwendung.

Von Gewährleistung ist jedoch nur bei onerosen Veräußerungen die Rede. Zunächst ward die Lehre beim Kauf ausgebildet, und später auf alle ähnliche Fälle ausgedehnt[3]).

---

1) l. 22. 23. C. 4, 35.

2) So in Mecklenburg-Schwerin durch V. v. 24 August 1836. (O. W. 32.)

3) l. 19. §. 5. D. de aedil. edict. 21, 1. Ulp. l. 29. C. de evictionibus. 8, 45. Diocl. et Max.

Nicht bei lucrativen, z. B. Schenkungen[1]). Ausnahmen treten ein, wenn die Gewährleistung versprochen ist, oder der Veräußernde arglistig verfuhr, z. B. wußte, daß er eine fremde Sache schenke. Allein in diesem Fall ist nicht das ganze Interesse zu leisten, wie beim Kauf, sondern der Empfänger nur in die Lage zu versetzen, in welcher er sich abgesehen von der Schenkung befunden haben würde. So z. B. das Interesse daraus, daß er einen vortheilhaften Kauf unterließ, in der Hoffnung, das Pferd zu behalten.

Verhaftet ist nur der Vormann, auctor. Nicht dessen Vormann, wenn nicht Jener die Klagen wider Diesen cedirt hat. Auch nur der Vormann im juristischen Sinn: nicht, wer in fremdem Namen handelte. Wenn also ein Gläubiger sein Pfand verkauft, so kann der Käufer nicht von ihm, sondern nur von dem Schuldner die Gewährleistung fordern. Der Gläubiger haftet nur, wenn er es versprach, oder arglistig verfuhr, z. B. wenn er wußte, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer sei[2]). Daß er abgesehen vom Fall der Wissenschaft wegen des bessern Pfandrechts anderer Gläubiger hafte, behaupten Manche mit Unrecht wegen der Schlußworte des Rescripts von Alexander. In den übrigen dafür angezogenen Stellen[3]) wird diese Frage nicht berührt. Jedenfalls aber muß der Gläubiger dem Käufer seine Klage gegen den Verpfänder abtreten[4]).

Von aller Gewährleistungspflicht ist der Fiscus frei. In Betreff der Eviction schon deshalb, weil sein Käufer gegen die Vindication des wahren Eigenthümers geschützt ist. Allein auch für physische Mängel braucht er nicht einzustehen[5]).

---

1) l. 18. §. 3. D. de donatt. 39, 5. Ulp. l. 62. D. de aedil. edict. 21, 1. Modestin.

2) l. 11. §. 16. D. de a. e. v. 19, 1. Ulp. l. 12. §. 1. D. de distr. pign. 20, 5. Tryphonin. Tit. C. creditorem evictionem pignoris non debere. 8, 46. Alexander. Gordian.

3) l. 59. §. 4. D. mandati. 17, 1. Paul. cit. l. 2. C. l. 8. C. qui potiores in pignore. 8, 18. Diocl. et Max.

4) l. 38. D. de evict. 21, 2. Ulp.

5) l. §. 3. D. de aedil. ed. 21, 1. Ulp.

Evictionsleistung.

Bedingungen. a) Die Ausübung des gehofften Rechts muß durch Richterspruch ganz oder theilweise entzogen sein. Oftmals in Folge einer angestellten Eigenthumsklage, aber auch einer hypothekarischen oder confessorischen Klage u. s. w., je nach Verschiedenheit des Mangels im Recht des Vormanns[2]). Der Grund der Verpflichtung liegt nicht in der Unredlichkeit des Verkaufs einer fremden Sache — man kann in gutem Glauben verkauft haben und haftet dennoch — sondern darin, daß jede Veräußerung die Behauptung enthält, man könne dem Gegner den ruhigen Besitz verschaffen: er haftet, weil dieselbe sich unwahr erwiesen hat. Also nicht:

1) Wenn die Sache vor der Eviction unterging[3]).

2) Wenn sie ohne Richterspruch aufgegeben wurde, z. B. durch Compromiß[4]).

3) Wenn der Rechtsstreit durch Schuld der Partei, welche Evictionsleistung verlangt[5]),

4) oder durch ungerechtes Urtheil verloren wird[6]).

5) Beim Verlust durch Gewalt[7]),

6) oder Ausübung eines jus eminens von Seiten des Staats[8]).

7) Wenn die Eviction nicht den Gegenstand des Verkaufs ganz oder theilweise betroffen hat: z. B. wenn eine Erbschaft verkauft ward, und einzelne Sachen evincirt werden[9]).

---

1) Dig. 21, 2. Cod. 8, 45: de euictionibus et duplae stipulatione.

2) l. 16. §. 1. l. 34. §. 1. 2. D. 21, 2. Pomp.

3) l. 21. pr. §. 1. D. 21, 2. Ulp.

4) l. 56. §. 1. D. 21. 2. Paul. l. 17. C. 8, 45. Diocl. et Max.

5) l. 29. §. 1. Pomp. l. 53. §. 1. Paul l. 66. pr. Pap. D. 21, 2.

6) l. 51. pr. Ulp. D. 21, 2.

7) l. ult. C. de a. e. v. 4, 49. Diocl. et Max.

8) l. 11. pr. D. 21, 2. Paul.

9) l. 1. C. 8, 45. Sever et Antonin. l. 36. Paul. l. 42. Paul. l. 43. Julian. D. 21, 2. l. 23. §. 1. D. de usurp. 41, 3. Javolen. Daß hier ein Evictionsanspruch wegen einer Seule gegeben ist, beruhet darauf, daß man sie nicht als integrirenden Theil eines Gebäudes, cit. l. 36., betrachtet.

Namentlich wird verlangt, daß das übertragene Recht entzogen sei: bloßer Mangel genügt nicht. Entdeckt ein Käufer, daß nicht der Verkäufer sondern ein Dritter Eigenthümer des Kaufobjects sei, so kann er gegen den Verkäufer keineswegs schon deshalb klagen[1]), sondern erst, wenn ihm die Sache abgestritten ist. Dieser wichtige Satz war im alten römischen Recht weder anstößig noch hart. Klagte der wahre Eigenthümer, so konnte der Käufer seinen Regreß nehmen; klagte er nicht, so hatte der Käufer spätestens nach zwei Jahren das Eigenthum ersessen. Härter kann der Satz im justinianischen Recht werden, wo bei Grundstücken die Ersitzung zehn oder zwanzig Jahr dauert: ein Zeitraum, in welchem sich mit dem Verkäufer gar vieles ändern, derselbe zahlungsunfähig werden kann. Ungerecht und gefährlich wird der Satz durch das canonische Recht. Erfährt der Käufer kurz nach dem Kauf, daß ein Dritter Eigenthümer sei, so kann er wegen seines eingetretenen bösen Glaubens nie ersitzen: ist also nie in seinem Eigenthum sicher, und kann verklagt werden, wenn der Verkäufer und dessen Erben längst verschollen sind.

b) Der Käufer muß, wenn er von einem Dritten in Anspruch genommen wird, oder, was seltener ist, diesen in Anspruch nimmt (Beispiel: a klagt auf Anerkennung eines von b erkauften Zehntrechts wider c den Eigenthümer der angeblich pflichtigen Länderei) seinen Verkäufer zeitig zur Vertretung auffordern, da dieser vielleicht im Stande ist, durch neue Vertheidigungsgründe den Rechtstreit zu gewinnen: Streitverkündigung, litis denunciatio[2]). Unterläßt der Verkäufer die Vertretung, und verliert der Käufer, so hat er wider jenen den Anspruch auf Gewährleistung. Versäumte der Käufer die Aufforderung, so wird ihm in einem Rescript von Alexander[3]) der Evictionsanspruch abgesprochen, von Paulus[4]) aber nur, wenn er aus Mangel an Instruction den Rechtstreit verlor, mithin, wenn der Beitritt erfolgreich gewesen wäre. Beide Aussprüche las-

1) l. 3. C. 8, 45. Sever. et Antonin.
2) l. 74. §. 2. Hermogenian. l. 63. §. 1. 2. Modestin. D. 21, 2.
3) l. 8. C. 8, 45.
4) l. 53. §. 1. D. 21, 2.

sen sich so vereinigen, daß im Zweifel angenommen wird, die Vertretung werde Erfolg gehabt haben, die Versäumniß aber nichts schaden, wenn über das Recht des Dritten kein Zweifel obwalten kann.

Umfang der Leistung. Nach älterem römischen Recht mußte der Verkäufer, welcher eine Sache durch Mancipation, wobei er sich also feierlich für den Eigenthümer erklärt, auf den Käufer übertragen hatte, diesem den doppelten Kaufpreis zahlen, wenn die Sache evincirt ward [1]). Im Fall einer einfachen Uebergabe, namentlich bei Sachen, welche keine Mancipation zuließen, war es durchgängig Sitte, sich durch duplae stipulatio dasselbe zu bedingen. Sie wird im Titel de evictionibus fast überall vorausgesetzt, und die Frage nach der Evictionsleistung daher oft durch, an committitur stipulatio, ausgedrückt. Sollte sie vergessen sein, so konnte mit der Klage aus dem Kauf deren Nachholung verlangt werden. Später ging man noch weiter, indem das, worauf man ein Recht hatte, als stillschweigend vorhanden angenommen, und nur durch ausdrückliche Bestimmung des Gegentheils ausgeschlossen wurde. Die Stipulation kam jedoch nur bei Käufen von Wichtigkeit vor [2]). Manche halten diese Grundsätze des römischen Rechts noch heutzutage für anwendbar. Mit Unrecht. Der Grund dafür, daß die Stipulation des Doppelten mit der Klage aus dem Kauf gefordert, oder als sich von selbst verstehend angenommen werden konnte, beruhte auf dem allgemeinen Gebrauch dieser Stipulation. Heutzutage ist solcher unbekannt: es ist nur üblich, auf Kaufpreis und Interesse zu klagen. Fehlen aber die Voraussetzungen, so müssen auch die Folgen fallen. Die Richtigkeit dieses Räsonnements ist im röm. Recht für den gleichen Fall beim Aedilenedict ausdrücklich anerkannt [3]).

Daneben kommt für den Fall der Eviction bei den Römern, und heutzutage allein, eine Klage aus dem Kaufcon-

---

1) Paul. S. R. 2, 17. §. 3.
2) l. 37. pr. §. 1. Ulp. l. 2. Paul. D. 21, 2. Vat. fr. §. 8.
3) l. 31. §. 20. D. de aed. ed. 21, 1. Ulp.

tract auf das Interesse vor[1]). Dieses besteht oftmals nur in der Rückgabe des Kaufpreises. Oft in Mehr, oft in Weniger. Letzteres nicht schon dann, wenn der Verkäufer erklären sollte, er habe zu hoch verkauft, und wolle den wahren, geringeren, Preis zurückgeben. Durch die Annahme des höheren hat er ihn als den wahren Werth bezeichnet, und kann von dieser Erklärung nicht willkürlich zurücktreten. Wohl aber, wenn die Sache sich später wirklich verschlechtert hat: z. B. ein Haus ist abgebrannt, und die Stätte wird evincirt; ein Pferd ist erblindet, und wird abgestritten. Alsdann kann nur der Werth zur Zeit der Eviction gefordert werden. Einen höhern Werth dagegen darf der Käufer schon dann fordern, wenn der Verkäufer zu wohlfeil verkauft hat: also das Umgekehrte von obiger Entscheidung. Ebenso, wenn die Sachen im Preise gestiegen sind[2]).

Ueber die Wirkung einer Entsagung auf den Evictionsanspruch waren die Ansichten der alten Juristen verschieden. Die richtige Entscheidung geht dahin: man muß unterscheiden, ob der Verkäufer arglistig verfuhr, oder nicht. Wußte er, daß er nicht Eigenthümer sei, so kann ihn der Käufer, der dies beweisen muß, dennoch in Anspruch nehmen: sonst nicht[3]). Kannte der Käufer den Mangel des gegnerischen Rechts, so fällt sein Evictionsanspruch hinweg: man nimmt an, er habe um so viel wohlfeiler gekauft[4]). Die Redeweise, Käufer fordert Eviction, ist unrichtig: denn diese, d. i. eine erfolgreiche Vindication, verlangt er nie, sondern Entschädigung für solche, also Evictionsleistung.

Aedilenedict[5]).

Im Aedilenedict, der römischen Marktordnung, sind zwei verschiedene Fälle verbunden:

---

1) l. 11. §. 6. D. de a. e. v. 19, 1. Ulp.

2) l. 70. Paul. l. 60. Javolen. l. 8. Julian. D. 21, 2.

3) l. 11. §. 15. 16. 18. D. de a. e. v. 19, 1. Ulp.

4) l. 27. C. 8, 45. Diocl. et Max.

5) Dig. 21, 1. de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris. Theod. 3, 4. Cod. 4, 58. de aedilitiis actionibus.

a) wenn sich die Sache wegen eines dem Käufer verschwiegenen Mangels unbrauchbar zeigt. Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) Wer Sclaven oder Thiere, die mit einem heimlichen Mangel, vitium, oder einer heimlichen Krankheit, morbus, behaftet sind, verkauft, ist gewissen Folgen unterworfen. Die Vorschrift ward später auf Grundstücke und sonstige Sachen ausgedehnt. Die Fälle sind selten. Ein Beispiel liefert der Verkauf von Weideland, auf welchem giftige Kräuter wachsen [1]). Auf Sachen von geringem Werth, simplariae venditiones, findet das Edict keine Anwendung [2]). Für etwaige Mängel hat sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mittelst Stipulation des Doppelten verbindlich zu machen [3]), was heutzutage außer Gebrauch ist.

2) Der Mangel selbst muß erheblich sein, den Gebrauch der Sache vernichten, oder bedeutend schmälern.

3) Er muß heimlich sein. Kannte der Käufer den Mangel, oder ist es nur seiner Unvorsichtigkeit zuzuschreiben, daß er ihn nicht wahrnahm, z. B. wenn er ein blindes Pferd kaufte, so hat er keinen Anspruch [4]). Gleichgültig ist, ob der Verkäufer ihn kannte oder nicht. Er soll seine eigene Sache kennen.

4) Der Mangel muß zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags existirt haben, und dieses erforderlichen Falls durch Sachverständige erwiesen werden [5]). Im Betreff des Verzichts gelten gleiche Grundsätze wie bei der Evictionsleistung. [6])

b) Wenn der Käufer der Sache besondere Eigenschaften beilegt, welche nicht vorhanden sind. Daß der Verkäufer arglistig handelte, z. B. beim Verkauf eines Landguts erklärte, dasselbe habe in den letzten 10 Jahren einen Pachtzins von 1000 Thaler aufgebracht, während es nur 800 waren, oder

---

1) l. 1. pr. l. 49. l. 63. D. 21, 1. Ulp.

2) l. 48. §. 8. d. 21, 1. Pomp.

3) l. l. 28. Gaj. l. 62. D. 21, 1. l. 31. l. 32. pr. D. de evict. 21, 2. Ulp. l. 14. C. de act. e. v. 4, 49. Valerian.

4) l. 48. §. 4. Pomp. l. 14. §. 4. Ulp. D. 21, 1.

5) l. 3. C. 4, 58. Diocl. et Max.

6) l. 14. §. 9. D. 21, 1. Ulp. l. 31. D. de pactis. 2, 14. Ulp.

einen zu hohen Körnerertrag angab, ist unwesentlich. Allgemeine Belobungen der Sachen binden jedoch nicht[1]).

In diesem zweiten Fall, wo das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft einen Theil des Kaufcontracts ausmacht, und ebenso im ersten, wenn der Verkäufer arglistig verfuhr, findet ohne Zweifel die Klage aus dem Kauf statt; nicht aber bei einem heimlichen Mangel, welchen der Verkäufer nicht kannte[2]). Auch würde hier, wie in den beiden vorhergenannten Fällen, der Käufer aus seinem Irrthum keinen Anspruch herleiten können. Denn dieser ist nur von Einfluß, wenn er die Substanz, nicht aber, wenn er nur die Güte oder eine bessere Eigenschaft der Sache betrifft. Für Fälle eines derartigen Irrthums gewährte das Aedilenedict Rechtshülfe, sowohl da, wo die Klage aus dem Kauf ausreichte, wie da, wo dies nicht der Fall war[3]). Die Rechtshülfe bestand in der redhitoria, Wandelungs-, und in der quanto (quanti) minoris, aestimatoria actio, Minderungs-Klage. Jene gerichtet auf Vernichtung des Kaufs von Anfang an. Der Käufer hat die Sache, wenn sie nicht etwa evincirt oder zufällig untergegangen ist, der Verkäufer den Preis zurückzugeben. Die Minderungsklage läßt das Geschäft als gültig bestehen und bezweckt, daß vom Kaufpreis die Differenz des Werthes der gelieferten und der zu liefernden Sache zurückgegeben werde. Nach römischem Recht hat der Käufer zwischen beiden Klagen die Wahl.[4]) Denn nur er kann beurtheilen, ob die Sache für ihn ohne oder von vermindertem Werth ist. Neuere Juristen wollen im Fall gänzlicher Unbrauchbarkeit, bei Hauptmängeln, die Wandelungs-, im Fall verringerter Brauchbarkeit, bei Nebenmängeln, die Minderungsklage angestellt wissen: welche von beiden zulässig sei, soll der Richter entscheiden. Diese unbillige Ansicht ist oftmals in Partikularrechte übergegangen.

---

1) l. 18. Gaj. l. 19. §. 1. Ulp. l. 52. Marc. D. 21, 1.

2) l. 13. §. 3. 4. D. de act. emti. 19, 1. Ulp. l. 4. §. 4. D. 21, 1. Ulp.

3) l. 19. §. 2. fin. D. 21, 1. Ulp. .. nam et qui ex emto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.

4) l. 18. pr. Gaj. l. 38. pr. Ulp. D. 21, 1.

Die Wandelungsklage verjährt in sechs Monaten, die Minderungsklage in Jahresfrist [1]).

Verbindlichkeiten des Käufers [2]).

Der Käufer hat den Kaufpreis zu zahlen, dessen Eigenthum auf den Verkäufer übergeht [3]). Diese Verbindlichkeit trifft den Käufer, wenn der Verkäufer seinerseits erfüllt hat, oder jeden Augenblick zur Erfüllung bereit ist. Sonst hat auch der Käufer die **doli exceptio**.

Zinsen hat der Käufer vom Kaufpreis jedenfalls zu zahlen, wenn er im Verzug ist [4]). Ein Verzug entsteht jedoch erst durch die Mahnung. Außerdem trifft den Käufer die Verpflichtung, den Kaufpreis zu verzinsen von dem Augenblick der Uebergabe an. Denn der Käufer würde sonst doppelte Früchte ziehen [5]).

Aufhebung wegen Verletzung über die Hälfte, s. g. **laesio enormis** [6]). Kein Vertrag kann angefochten werden, weil ein Theil dabei Schaden leidet. Auch der Kauf nicht, wenn der Verkäufer zu theuer oder zu wohlfeil verkaufte. Widrigenfalls wäre die Sicherheit der Obligationen vernichtet. Regel ist vielmehr, daß die Parteien sich gegenseitig übervortheilen können, insoweit kein Betrug dabei vorkommt. Eine Ausnahme findet statt, wenn der Verkäufer unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft hat. Die Neuern nennen dies **laesio enormis** oder **ultra dimidium**. Er hat alsdann eine Klage auf Auflösung des Geschäfts, und zwar nach römischem Recht nur hierauf. Der Käufer kann jedoch den Kauf aufrecht erhalten, wenn er bis zu dem Werth nachzahlt, welchen das Kaufobject beim Abschluß des Vertrags hatte,

---

1) l. 19. §. 6. D. 21, 1. Ulp.

2) Dig. 18, 6. Cod. 4, 48. de periculo et commodo rei uenditae.

3) l. 11. §. 2. l. 13. §. 20. D. 19, 1. Ulp.

4) l. 19. D. 18, 6. Hermog.

5) l. 13. §. 20. 21. D. 19, 1. Ulp. Vat. fr. §. 2.

6) Cod. 4, 44. de rescindenda uenditione. Dig. 18, 5. Cod. 4, 45: (de rescindenda uenditione et) quando licet (liceat) ab emtione discedere.

also nicht blos so viel, daß die Verletzung über die Hälfte beseitigt wird [1]).

Viele neuere Juristen, und mit ihnen die Praxis, haben diese Bestimmung auf jeden Vertrag angewendet, bei welchem eine derartige Verletzung möglich ist, z. B. beim Tausch, der Miethe u. s. w.; Andere wenigstens auf den Käufer. Manche meinen, im letzten Fall liege schon dann eine Verletzung über die Hälfte vor, wenn der Käufer eine Sache, welche 10 werth ist, für 16 kaufte. Nach der richtigen Ansicht wäre die Anfechtung jedenfalls erst dann zulässig, wenn er für 21 gekauft hat. Das dimidium war ja auch bei dem Verkäufer das duplum. Jede Ausdehnung der Vorschrift ist jedoch zu verwerfen. Theils deshalb, weil sie einen singulären Rechtssatz enthält, theils weil der bei dem Verkäufer eintretende Grund seines Vorzugs auf andere Fälle nicht paßt. Dieser Grund liegt darin, daß die augenblickliche Noth, welche zum Verkauf zwingt, von Andern nicht gemißbraucht werden soll. Ein ähnlicher Grund veranlaßte die Wuchergesetze. Aus Armuth aber kauft wohl schwerlich Jemand eine Sache, noch weniger zahlt er deshalb einen übermäßigen Preis.

Nebenverträge beim Kauf.

1) **Pactum de retrovendendo vel retroemendo**[2]). Die Verträge, binnen einer gewissen Frist oder auch ohne diese zum Wiederverkauf oder Wiederkauf des Kaufobjects berechtigt oder verpflichtet zu sein, wirken nur unter den Contrahenten [3]). Will der Verkäufer sich sicher stellen gegen Veräußerungen des Käufers, so muß er sich eine Hypothek an der Sache für einen gewissen Werth bestellen lassen, oder für den Fall der Veräußerung das Eigenthum sich vorbehalten. Ist über den Rückkaufspreis nichts bestimmt, so wird im Zweifel der Kaufpreis zurückgegeben. Daneben sind in diesem Fall die nothwendigen und nützlichen Auslagen, soweit sie es noch sind, zu erstatten.

---

1) l. 2. C. 4, 44.

2) Dig. 18, 1. Cod. 4, 54.: (de contrahenda . . . et de pactis inter emtorem et uenditorem compositis et quae res etc.)

3) l. 12. D. d. praescr. verb. 19, 5. Proc. l. 2. C, 4, 54.

2) **Pactum protimiseos** (*προτιμήσεως*). Das Vorkaufsrecht, durch welches man für den Fall des Verkaufs die Befugniß erhält, in die Stelle eines andern Käufers einzutreten, kann selbstständig bedungen oder bei Abschluß eines Verkaufs vorbehalten werden[1]), und wirkt an sich nur unter den Contrahenten.

3) **In diem addictio**[2]). Der Kauf soll aufgehoben sein, falls binnen einer gewissen Frist ein besseres Gebot erfolgt. Fehlt es an einer vertragsmäßigen Frist, so nehmen die Neuern die dreißigjährige Verjährungsfrist an — nicht die Römer. Die Bedingung wirkt im Zweifel auflösend. Der Käufer erhält das wirkliche oder prätorische Eigenthum[3]), und ihn trifft stets der Zufall. Geht die Bedingung in Erfüllung, so fällt das Eigenthum in der Weise an den Verkäufer zurück, als hätte er es nie verloren. Ward die Bedingung aufschiebend hinzugefügt, so bleibt bis zum Ausfall der Bedingung das wirkliche wie das prätorische Eigenthum beim Verkäufer, und er allein trägt den Zufall.

Ein besseres Gebot ist nicht bloß ein höheres Geldgebot: frühere Zahlung, vermehrte Sicherheit kommen gleichfalls in Betracht.

Regelmäßig geht das bessere Gebot von Dritten aus, im Fall einer Mehrheit von Verkäufern oder Käufern aber ist auch Einer von diesen dazu berechtigt.

Die Annahme beruht auf dem Willen des Verkäufers. Sind deren Mehrere, und hat nicht Jeder einen Theil für einen besonderen Preis verkauft, so müssen Alle in der Annahme des besseren Gebots einig sein, widrigenfalls gilt es als ausgeschlagen.

Im Fall der Annahme hat der Käufer das Recht, entweder das gleiche Gebot zu thun, wobei er jedoch die Früchte der Zwischenzeit im Zweifel erstatten soll, oder die Sache nebst Früchten, gegen Rückgabe des Kaufpreises nebst Zinsen sowie Erstattung nothwendiger Verwendungen herauszugeben.

---

1) l. 75. D. de c. e. 18, 1. Herm. l. 21. §. 5. D. de a. e. v. 19, 1. Paul.

2) Dig. 18, 2.: De in diem addictione.

3) l. 41. pr. D. de r. v. 6, 1. Ulp. l. 2. §. 4. D. pro emt. 41, 4. Paul.

Diese gegenseitigen Verbindlichkeiten werden mit den Klagen aus dem Kauf geltend gemacht.

4) **Lex commissoria**[1]). Der Vertrag, vom Kauf abgehen zu dürfen, wenn binnen gewisser Zeit der Kaufpreis nicht bezahlt ist. Die Bedingung kann aufschiebend sein, regelmäßig ist sie auflösend, und gelten für beide Fälle die bei der in diem addictio dargestellten Grundsätze. In den Quellen wird beim commissorischen Vertrag stets vorausgesetzt, daß der Verkäufer seinerseits bereits geleistet hat. Denn wenn der Käufer sich im Verzug befindet, so ist der Verkäufer auch ohne besondere Abrede berechtigt, über die Sache anderweit zu verfügen und auf das Interesse zu klagen. Nach römischer und practischer Ansicht wird ferner vorausgesetzt, daß eine bestimmte Frist für die Zahlung des Kaufpreises festgesetzt ist. Ward sie nicht eingehalten, und theilweise Zahlung gilt nicht als Zahlung, so hat der Verkäufer, ohne vorgängige Mahnung, die Wahl, entweder den Haupt- oder den commissorischen Vertrag mit der Klage aus dem Verkauf geltend zu machen. Die Wahl darf er nur einmal ausüben, ausdrücklich oder stillschweigend. So wird durch spätere Annahme des Kaufgeldes dem commissorischen Vertrag entsagt. Wählt er diesen, so hat der Käufer die Sache nebst Früchten herauszugeben, auch für Beschädigungen, nicht aber ohne ausdrücklichen Vertrag für den Ausfall am Kaufpreis bei fernerem Verkauf, Ersatz zu leisten, und verliert eine etwa gegebene arrha. Dagegen ist er berechtigt, die Rückgabe der auf das Kaufgeld geleisteten Abschlagszahlungen zu verlangen, falls der Verlust nicht ausbedungen ist. In diesem Fall braucht er die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte nicht herauszugeben.

Tausch[2]).

Der eigentliche Tausch unterscheidet sich vom Kauf in folgenden Puncten:

---

1) Dig. 18, 3.: de lege commissoria.

2) Dig. 19, 4. Cod. 4, 64. Decret. Greg. 3, 19. Sext. 3, 10. Clem. 3, 4.: de rerum permutatione (et praescriptis uerbis.)

1) Statt des Preises, des Geldes[1]), wird eine Sache gegeben. Leistung und Gegenleistung müssen Sachen verschiedener Art sein. Wird Geld gegen Geld nach dem gesetzlichen Werthe eingewechselt, so liegt ein Tausch, wenn nach dem Handelswerth, wo die gesuchte Münzsorte Waare ist, so liegt ein Kauf vor.

2) Jede Partei ist verbunden, die andere zum Eigenthümer ihrer Gabe zu machen[2]): beim Kauf hatte nur der Käufer diese Verpflichtung.

3) Der Empfänger wird Eigenthümer vor beschaffter Gegenleistung des Gebers[3]): der Käufer nie vor Zahlung des Kaufpreises.

4) Bei den Römern ward der Tausch erst perfect durch die Leistung von der einen Seite: er war ein unbenannter Vertrag. Auf die Gegenleistung geht die praescriptis verbis actio. Daneben ist das Reurecht gestattet[4]). Dieses fällt heutzutage hinweg: und ebenso kann jetzt aus der bloßen Einigung von jeder Seite auf Hingabe geklagt werden.

Trödelvertrag[5]).

Der Trödelvertrag besteht darin, daß eine Sache mit der Verpflichtung gegeben wird, diese oder einen bestimmten Werth zurückzugeben[6]).

Bei den Römern gehörte der Vertrag zu den unbenannten: die praescriptis verbis actio auf Zahlung des Preises, bezüglich des bedungenen Lohnes erhält einmal, jedoch nicht technisch, den Zusatz aestimatoria[7]). — Der Vertrag ist unterschieden:

1) Vom Kauf durch die alternative Verpflichtung.

---

1) §. 2. J. de emt. 3, 23. (24.) l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5. Paul. l. 1. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1. Paul.

2) l. 1. pr. §. 3. D. 19, 4. Paul.

3) l. 4. C. 4, 64.

4) l. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19, 5. Paul. l. 4. 6. 7. C. 4, 64.

5) Dig. 19, 3: de aestimatoria.

6) l. 1. §. 1. D. 19, 3. Ulp. l. 17. §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5. Ulp.

7) l. 1. pr. D. 19, 3. Ulp.

2) Vom Mandat theils dadurch, daß nicht der empfangene, sondern der bedungene Preis gezahlt werden muß, theils durch die Zulässigkeit sich einen Lohn für die Bemühung zu bedingen [1]).

3) Da das Letzte nicht nothwendig ist, so unterscheidet er sich hierin von der Miethe.

Der Empfänger wird nicht Eigenthümer durch die Uebergabe, sondern erst durch Zahlung oder Creditirung des Preises [2]). Schon dessen Festsetzung, die aestimatio, verpflichtet den Trödler für geringe Versehen einzustehen: für den Zufall zu haften aber nur dann, wenn die Vertragsofferte von ihm ausgegangen ist. In diesem Fall geht auch das Eigenthum auf ihn über.

Achtes Capitel. Miethverträge [3]).

Begriff und Arten. Der Pacht- oder Miethcontract, locatio conductio, ist ein Geschäft, bei welchem der eine Theil in der Regel Geld zu zahlen, der Andere den Gebrauch einer Sache zu verschaffen, oder gewisse Dienste zu leisten verspricht. Auf der einen Seite werden also zwei verschiedene Geschäfte unter demselben Namen zusammengefaßt, Sach- und Dienst-Miethe, res locata und operae locatae. Beides Consensualcontract, schon im altrömischen Recht klagbar ohne Stipulation.

Gegenstand. Allgemeine Bezeichnung für das, was der Miether verspricht, ist merces. Sie besteht in Geld. Wird nichts als Gegenleistung versprochen, so liegt eine Schenkung vor: wenn etwas Anderes, nicht Miethe, mit der Ausnahme, daß bei verpachteten fruchttragenden Grundstücken das Aequivalent auch in Früchten bestehen kann [4]).

---

1) l. 2. D. 19, 3. Paul.

2) l. 5. §. 18. D. de tributoria. 14, 4. Ulp.

3) Gai. 3, 142—47. Inst. 3, 24.: de locatione et conductione. Dig. 19, 2: locati conducti. Cod. 4, 65. Decret. Greg. 3, 18: de locato et conducto.

4) §. 2. J. 3, 24. l. 25. §. 6. Gaj. l. 19. §. 3. Ulp. 19, 2.

Die Gegenleistung bei der Sachmiethe ist das Verschaffen des Gebrauchs einer Sache. Diese braucht nicht Eigenthum des Vermiethers zu sein, ebensowenig wie es erforderlich war, daß der Verkäufer Eigenthümer sei. Umgekehrt darf der Miether nicht das volle Eigenthum der Sache haben: hat der Vermiether z. B. den Niesbrauch, so ist ein Miethvertrag mit dem Eigenthümer zulässig [1]).

Die äußere Beschaffenheit der Sache kann verschieden sein, beweglich, unbeweglich, fruchttragend oder nicht. Bei fruchttragenden Grundstücken brauchen wir den Ausdruck Pachter, die Römer colonus, was jedoch auch einen Leibeignen bezeichnet. Bei Wohnungen sagen die Römer inquilinus, wir Miether, jedoch auch bei beweglichen Sachen, und wenn Dienste Gegenstand des Geschäfts sind.

Bei der Dienstmiethe ist der Gegensatz von Arbeit und factum bedeutsam. Arbeit ist ein facere mit Kraftanstrengung. Uebernahme einer Bürgschaft ist ein facere, kein dare: allein von Kraftanstrengung ist hier nicht die Rede, sondern nur von einem Beitritt zur Obligation eines Andern, um diesem Credit zu verschaffen. Das Ziehen eines Grabens dagegen ist Kraftanstrengung. Nach älterem Recht waren nur illiberale Arbeiten Gegenstand des Miethvertrags. Diese sind nicht etwa mechanische, die liberalen geistige Arbeiten. Der Unterschied ist historisch. Liberal sind solche Arbeiten, welche von freien Römern unentgeldlich übernommen, illiberal die, welche von Sclaven oder geringen Leuten um Geld geleistet wurden. Die Medizin, bei den Römern von Alters her durch Sclaven betrieben, gehörte zu letzteren. Unter den Kaisern änderten sich die Sitten. Früher liberale Dienste wurden bezahlt: der Staat ging mit den Besoldungen der Beamten voran. Dies ging auf Privatverhältnisse über. So ward die Vertretung vor Gericht, früher unentgeldlich, später bezahlt. Als nun bei den liberalen Arbeiten Geld gegeben ward, so änderte man nicht das alte Princip, daß bei ihnen kein Miethvertrag zulässig sei, sondern man setzte den Lohn

1) l. 21. D. de usurpationibus 41, 3. Javolen. l. 45. pr. D. de R. J. 50, 17. Ulp.

neben den Vertrag, er konnte nicht vor dem judex, sondern durch extraordinaria cognitio vor dem magistratus geltend gemacht worden [1]). Allein auch dieser Unterschied ist in dem neuesten Recht hinweggefallen, und alle Arten von Arbeiten sind jetzt zum Miethvertrage geeignet. — Die Dienstmiethe kann auf unbestimmte Dienste gerichtet sein, z. B. das Dienstboten-Verhältniß, oder so, daß sie sich auf ein bestimmtes Werk bezieht, wo sich ihr Verhältniß in den Grenzen dieser Arbeit hält. In diesem letzten Fall wird der conductor der operae locatae, besonders bei nicht juristischen Schriftstellern, locator operis, und der locator operarum der conductor operis genannt [2]).

Entstehung. Der Vertrag ist abgeschlossen, sobald beide Theile über dessen wesentliche Bedingungen einig geworden sind. Fehlt Etwas daran, so kann ein anderer Vertrag vorliegen, keine Miethe. So, wenn man bei einem Handwerker eine Arbeit ohne vorhergehende Preisbestimmung bestellt [3]).

Ende. Ist die Dauer des Vertrages unbestimmt gelassen, so findet von beiden Seiten willkürliche Kündigung statt. Ist er auf bestimmte Zeit gerichtet, so endet er mit deren Ablauf. Früher kann er aufhören durch zufälligen Untergang der Sache, [4]) und dadurch, daß der Miether das Eigenthum der Sache erwirbt [5]). Für den Verpächter, bezüglich Vermiether, treten bei Grundstücken, Landgütern, und Wohnungen, Ausnahmen ein. Wenn der Pachter die Sache schlecht behandelt, oder zwei Jahre lang keinen Zins zahlt, so kann er einseitig vertrieben werden [6]). Nur bei Gebäuden findet das Gleiche statt, wenn eine Reparatur nöthig wird, weil die Sache sonst einstürzen würde, und sonderbarerweise, wenn der Vermiether das Haus zur eignen Wohnung nothwendig be-

---

1) l. 1. D. de extraord. cogn. 50, 13. Ulp.
2) l. 22. §. 1. 2. D. 19, 2. Paul.
3) l. 22. D. de praecr. verbis. 19, 5. Gaj.
4) l. 9. §. 1. D. 19, 2. Ulp.
5) l. 9. § ult. Ulp. l. 10. Jul. D. 19, 2.
6) l. 54. §. 1. l. 56. D. 19, 1. Paul. l. 3. C. 4, 65. Nov. 120, 8.

darf [1]. — In der Praxis wendet man diese Bestimmungen bei allen vermietheten Sachen an: mit Unrecht.

Ein gleiches Recht einseitigen Rücktritts haben Pachter und Miether, wenn sich Verpachter und Vermiether bei Leistung der Sache einen bedeutenden Verzug zu Schulden kommen lassen, in welchem Fall außerdem Entschädigungsansprüche eintreten; [2] wenn die Sache einen wesentlichen Mangel hat, dem sich nicht sofort abhelfen läßt; [3] und wenn gerechte Furcht, z. B. drohender Einsturz eines Gebäudes, den Miether aus dem Grundstück vertreibt [4].

Erneuerung. Eine Erneuerung des Miethverhältnisses, relocatio, unter gleichen oder anderen Bedingungen kann ausdrücklich und stillschweigend eintreten. Letztes, wenn nach Beendung des Contracts das Verhältniß fortdauert. So lange dies geschieht, finden die frühern Bedingungen zwischen beiden Theilen ihre Anwendung. Doch ist der Vermiether bei Gebäuden berechtigt, in jedem Augenblick das Verhältniß aufzurufen: der Miether zahlt hier den Zins bis zu dem Augenblick, wo er ausziehen muß. Bei Landgütern dagegen kann der Pachter nicht zur sofortigen Räumung gezwungen werden: er hat das Recht, das laufende Jahr hindurch in dem alten Verhältniß zu verharren. Der Grund hievon liegt darin, daß sich bei Landgütern der Vortheil nicht auf alle Theile der Zeit gleichmäßig vertheilt. Auch bei Gebäuden soll der Aufruf nicht in jedem Augenblick zulässig sein, si in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Am richtigsten bezieht man die Worte auf eine vorherige Verabredung über die Dauer der Miethverlängerung [5]. Andere denken an die Zeit der ersten Miethe, noch Andere an die bei Landgütern geltende Jahresfrist, und Manche nehmen gar an, im Fall eines schriftlichen Vertrages sei die Verlängerung ganz untersagt. — Für bewegliche Sachen enthält das römische Recht

1) l. 3. C. 4, 65.
2) l. 24. §. 4. Paul. l. 60. pr. Labeo. D. 19, 2.
3) l. 25. §. 2. D. 19, 2. Gaj.
4) l. 27. §. 1. D. 19, 2. Alfen. l. 28. D. de damn. inf. 39, 2. Ulp.
5) l. 13. 14. D. 19, 2. Ulp. l. 10. C. 4, 65.

keine Vorschriften. Hier müssen die bei Gebäuden geltenden Grundsätze analoge Anwendung finden.

Verbindlichkeiten des Vermiethers.

Bei Sachen. Der Vermiether hat dem Miether den Gebrauch der Sache zu verschaffen, usum rei praestare. Er muß also zunächst die Sache abliefern, den natürlichen Besitz derselben übertragen: sodann den Gebrauch während der ganzen Miethzeit gewähren. Er selbst darf ihn dem Miether nicht entziehen: geschieht es von Andern, so muß er ihn mit den ihm zu Gebot stehenden Rechtsmitteln wieder zu verschaffen suchen.

Bleibt diese Hauptverbindlichkeit ganz oder theilweise unerfüllt, so haftet der Vermiether desfalls für Arglist und jedes Versehen nicht für den Zufall. Er braucht daher, wenn das vermiethete Object untergeht, den Miether nicht zu entschädigen, allein er erhält für die Folgezeit auch keinen Miethszins, da die Erfüllung dieses Vertrags sich über einen ganzen Zeitraum erstreckt [1]). Als Zufall ist aber folgender Fall nicht anzusehen. Wenn a dem b ein Haus auf 10 Jahre vermiethet, und nach Ablauf eines Jahres evincirt c dem a das Haus, so kann a an dem Ausgang des Rechtstreits völlig schuldlos sein, und dennoch muß er b entschädigen. Denn die Unmöglichkeit der Erfüllung ist hier nicht eine objective, sondern eine subjective. Doch genügt a seiner Verbindlichkeit durch Einräumung einer zum beabsichtigten Gebrauch gleich gut qualificirten Sache.

Hinsichtlich des verschafften Gebrauchs treten ähnliche Grundsätze wie beim Ususfructus ein. Der Gebrauch steht in Verbindung mit den Eigenschaften einer Sache, durch welche sie zu einem bestimmten Zweck tüchtig wird. Der Vermiether hat nicht den usus allein, sondern zugleich eine res habilis, also eine zu einem bestimmten Gebrauch taugliche Sache zu leisten. So ist z. B. bei einem Hause nach strenger Auffassung der Boden Gegenstand des Vertrags, das Haus dessen

1) l. 9. §. 1. l. 19. §. 6. l. 15. §. 2. D. 19, 2. Ulp.

zufällige Erscheinung. Wer aber ein Haus miethet, verlangt einen mit einem wohnlichen Hause versehenen Boden, und der Vermiether, wenn er nicht neben dem Boden die **res habilis** liefert, erfüllt seine Verbindlichkeit nicht. Daraus folgt theils, daß, wenn das Haus abbrennt oder einstürzt, der Vermiether durch Ueberlassung des Bodens sich seiner Verbindlichkeiten nicht entledigt, theils, daß er verbunden ist, die Sache fortwährend in tauglichem Zustande zu erhalten, mithin die Reparaturen zu tragen [1]). Der Grundsatz ist jedoch mit Billigkeit anzuwenden. Kleine Unannehmlichkeiten, wie z. B. durch Reparaturen, sind noch keine Verletzung des Vertrags, denn auf sie war schon bei dessen Eingehung zu rechnen [2]).

Aus demselben Grundsatz ergiebt sich die Verpflichtung des Verpächters zum Erlaß des Pachtgeldes bei Miswachs und Kriegsschäden. Die gewöhnliche Ansicht hierüber ist folgende: an sich habe der Pachter den Schaden zu tragen, es sei jedoch, da hierin eine große Unbilligkeit liegen könne, die moralische Pflicht, das Pachtgeld ganz oder theilweise zu erlassen, zu einer Rechtspflicht erhoben. Allein diese Verpflichtung beruht auf einer Rechtsregel. Wer ein Haus vermiethet hat dem Miethsmann eine brauchbare Wohnung zu verschaffen. Stürzt sie ein oder brennt sie ab, so hat der Miethsmann den Zins nur für so lange zu zahlen als er wohnte. Wer ein Landgut verpachtet, soll dem Pachter die Möglichkeit verschaffen, das Jahr hindurch dessen Früchte zu ziehen. Die **res habilis** ist also hier die fruchttragende Sache. Fällt nun durch einen Zufall die Erndte aus, so ward das Grundstück für seinen Zweck unbrauchbar, und daraus folgt, daß kein Pachtgeld gezahlt zu werden braucht. Aus diesem Princip ergiebt sich die Beantwortung der einzelnen hier hervortretenden Fragen. Der Verpächter steht nur für die Unglücksfälle ein, durch welche die Fruchterzeugung in einem bestimmten Jahre gehindert wird. Anderes Unglück des Pachters, dem Erfolg nach gleich groß, trifft den Verpachter nicht. So, wenn die

1) l. 15. §. 1. Ulp. l. 25. §. 2. Gaj. D. 19, 2.
2) l. 27. pr. D. 19, 2. Alfen.

gehabte Erndte geraubt, gestohlen, verbrannt ist. Ebenso, wenn der Pachter durch Viehsäuche litt. Die Ansicht, welche von einer nothwendigen Billigkeit ausgeht, und von einer Entschädigung spricht, vermag die Grenze nicht festzustellen, wie weit Jeden der Schaden trifft. Nach demselben Grundsatz ist der Betrag des Erlasses auszumitteln. Es werden so viel Procente vom Pachtgeld abgezogen, als der Pachter auf dem Felde an Früchten verloren hat. Dabei wird jedoch die dürftige Erndte eines Jahres mit der reichen der vorhergehenden oder folgenden aufgerechnet Die Neueren haben bei der Berechnung theils willkürliche Billigkeit theils künstliche Berechnungen eintreten lassen. Die einfache richtige Ansicht ergiebt sich aus einer Reihe von Stellen [1]).

Diese Verbindlichkeiten werden mit der Klage aus dem Rechtsgeschäft, der conducti actio, geltend gemacht von dem Miether, Pachter, dessen Erben, und jedem Dritten, dem er sein Recht weiter überläßt. Afterverpachtung oder Vermiethung, sublocatio, ist erlaubt, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich im Contract bestimmt ist [2]).

Beklagter ist der Vermiether und dessen Erben, nicht dessen Singularnachfolger. Wenn also der Vermiether oder Verpachter die Sache veräußert, so findet zwischen dessen Nachfolger und dem Miether oder Pachter an sich kein obligatorischer Nexus statt. Jener kann daher diesen vertreiben — Kauf bricht Miethe [3]) — und letzterer muß Entschädigung bei seinem Contrahenten, dem locator, suchen, kann jedoch auch ganz zurücktreten [4]). Hat dieser von seinem Nachfolger den Fortbestand des Miethverhältnisses sich ausbedungen, und erfüllt letzterer seine Verpflichtung nicht, so muß der Miether (Pachter) sich an den Vermiether (Verpachter) und dieser wiederum an seinen Nachfolger halten. Diese Grundsätze erklären sich

1) l. 15. §. 2. 4. 7. Ulp. l. 25. §. 6. Gaj. D. 19, 2. l. 8. 12. C. 4, 65, Alexander.

2) l. 10. 6. C. 4, 65.

3) l. 9. C. 4, 65. Alexander. l. 59. §. 1. D. 7. 1. Paul.

4) l. 25. §. 1. Gaj. l. 32. Paul. D. 19, 2. l. 120. §. 2. D. 30. Ulp.

daraus, daß der Miether nur ein Recht an der Person, keins an der Sache, an dem gemietheten Object hat. Ist es auch hart, daß in dieser Weise der Miether dem Singularnachfolger des Vermiethers weichen muß, so hat jener dafür vollständige Entschädigungsansprüche gegen den Vermiether. — Im Preußischen Landrecht[1]) und Code civil[2]) gilt der Satz: Kauf bricht Miethe, nicht, weil das Verhältniß des Miethers nach deutschrechtlichen Grundsätzen zu einem Recht an der Sache erhoben ist.

Bei Diensten. Der Vermiether hat die übernommene Arbeit in tauglicher Art zu leisten. Er haftet desfalls für Arglist und jedes Versehen, nicht für den Zufall[3]). Hat Jemand insbesondere eine Handwerks- oder Kunstarbeit übernommen, so haftet er für Alles, was nach den Regeln der Kunst von ihm verlangt werden kann, da er sich durch den Abschluß des Vertrages für einen Sachverständigen ausgab. Oftmals wird mit derartigen Diensten ein Gewahrsam in Betreff der Sache übernommen, welcher an sich in dem Handwerksberuf nicht liegt. Die Frage nun, ob der Schaden durch Nachlässigkeit oder Zufall entstand, ist factischer Natur, und in der Regel durch Sachverständige zu entscheiden. Dabei treten mehrere Rechtsvermuthungen ein. Zunächst versteht es sich von selbst, daß der, welchem die Dienste geleistet werden sollen, der conductor operarum, sich die Billigung der Arbeit vorbehält, und es erst dann, wenn er sie nicht behalten will, zu einer Beurtheilung durch Sachverständige kommen kann. Bei einem verdungenen ganzen Werke insbesondere ist also zu unterscheiden. War der Vertrag auf bestimmtes Maaß abgeschlossen, z. B. der Lohn für eine Mauer nach Quadrat-Fußen, und hatte der Besteller das Fertige von Zeit zu Zeit sich zumessen lassen, so liegt darin stillschweigend eine Billigung. Ward dagegen nicht nach Maaß abgeschlossen, so ist der Arbeiter erst dann gedeckt, wenn der Besteller das Ganze übernommen hat. Ereignet sich also der Einsturz vor Ueberlieferung des Ganzen oder des abgemessenen Stücks, so wird eine Nachläs-

1) Thl. I. Tit. 28. §. 358.
2) Art. 1743.
3) l. 25. §. 7. 8. D. 19, 2. Gaj.

sigkeit des Arbeiters, wenn nachher, ein Zufall vermuthet: ein Gegenbeweis ist gestattet [1]).

Verbindlichkeiten des Miethers.

Der Miether (Pachter) hat das Miethgeld in der Regel nach vollendetem Gebrauch, oder am Ende einzelner Zeitabschnitte zu entrichten. Den Gegensatz bildet eine bedungene Vorausbezahlung [2]). Die Zahlung geschieht an den Vermiether und dessen Erben. Singularnachfolger sind nur dann berechtigt den Miethszins in Anspruch zu nehmen, wenn sie sich vor der Veräußerung des Gegenstandes die Forderung von dem Vermiether cediren ließen. Eine spätere Cession würde wegen mangelnden Interesses unwirksam sein. Ohne Cession ist der Singularnachfolger weder verpflichtet noch berechtigt die Fortsetzung des Miethvertrags zu verlangen [3]). Bei der Sachmiethe insbesondere entsprechen die Verbindlichkeiten des Miethers denen eines Nutznießers. Er hat:

1) Die Sache verständig zu gebrauchen, also nicht zu verderben, sondern in gutem Stande zu erhalten.

2) Am Ende des Gebrauchs sie zurückzugeben, wovon er sich durch die Behauptung, daß ihm das Eigenthum der Sache zustehe, nicht befreien kann, da der Vermiether den Interdicten-Besitz hat [4]).

3) Ist er zur Rückgabe ganz oder theilweise, z. B. weil sie verdorben ist, außer Stand, so haftet er für Arglist und jedes Versehen, nicht für den Zufall. Auch hier zeigt sich die Unrichtigkeit der dreitheiligen Eintheilung der culpa. Ihr zufolge würde der Miether für levis, nicht für levissima haften. Gleichwohl heißt es im Codex, [5]) er hafte für Alles außer dem Zufall, und in den Institutionen [6]) er hafte für die custodia des sorgsamsten Hausvaters.

---

1) l. 24. pr. Paul. l. 36. Florentin. l. 62. Labeo. l. 59. Javolen. D. 19, 2.

2) l. 24. §. 2. D. 19, 2. Paul.

3) l. 32. D. 19, 2. Julian.

4) l. 25. C. 4, 65. Diocl. et Max.

5) l. 28. C. 4, 65. Diocl. et Max.

6) §. 5. J. 3, 24.

Anomalien, s. g. locatio irregularis.

Eigenthum geht nach der Natur des Miethvertrags auf den Miether nicht über.

Ausnahmen. 1) Wenn Mehrere einem Schiffer ein Jeder eine Quantität Waizen zu verschiffen geben, und der Bequemlichkeit wegen ihn zusammenschütten, so hat dies den Sinn, daß das Eigenthum daran dem Schiffer übertragen wird. Er hat die Verpflichtung am bestimmten Ort eine gleich große Quantität Waizen abzuliefern: er ist Eigenthümer des erhaltenen Getreides und hat der Gattung nach abzuliefern. Da diese nicht untergeht, so haftet er für den Zufall[1]). Nicht minder dann, wenn fungibele Sachen zur Verarbeitung übergeben sind.

2) Dasselbe findet statt, wenn der Miether die Gefahr ausdrücklich übernahm: z. B. ein Goldarbeiter, der einen Edelstein einfassen soll[2]).

3) Eine solche Uebernahme liegt stillschweigend in der Annahme einer Sache gegen Taxe. So bei einem Wirthschaftsinventar[3]) oder einer Viehheerde. Diesen Fall nennen Neuere contractus socidae, während Andere den Namen da gebrauchen, wo der Pachtzins statt in Geld in Früchten, **colonia** partiaria, entrichtet wird.

4) Ueber die Natur eines Geschäfts, bei welchem der Arbeiter, Handwerker, zugleich den ganzen Stoff liefert, stritten die alten Juristen[4]). Im just. Recht wird hier ein bedingter Kauf angenommen[5]). Rührt der Stoff zum Theil von dem andern Contrahenten her, so bleibt das Geschäft Miethe. Namentlich auch bei der Uebernahme, ein Gebäude auf fremdem Boden aufzuführen[6]).

---

1) l. 31. d. 19, 2. Alfen. Die hier erwähnte sonst nicht genannte oneris aversi actio scheint gegen Personen gerichtet zu sein, die beim Transport eine Veruntreuung begingen.

2) l. 13. §. 5. D. 19, 2. Ulp.

3) l. 3. Pomp. l. 54. §. 2. Paul. D. 19, 2.

4) Gaj. 3, 147. §. 4. J. 3, 24.

5) l. 65. D. de cont. emt. 18, 1. Javol. L. 2. §. 1. D. 19, 2. Gaj.

6) l. 20. D. de contr. emt. 18, 1. Pomp. L. 22. §. 2. Paul. l. 30. §. 3. Alfen. D. 19, 2.

Achtes Kapitel. Gemeinschaft.

Gesellschaftsvertrag, societas[1]).

Begriff. Beim Gesellschaftsvertrag versprechen sich Mehrere, unbestimmt wie Viele, gemeinsame Zwecke durch gemeinsame Mittel zu fördern. Vorausgesetzt wird also:

1) Die Gemeinschaftlichkeit der Mittel. Wenn Zwei sich vereinigen zum gemeinsamen Vortheil eine Fabrik zu errichten, so, daß der Eine Arbeit und Geld herschießt, der Andere nur den Gewinn theilt, so ist dies keine Societät. Gleichgültig ist, ob die Mittel gleich groß, oder ungleichartig sind.

2) Die Gemeinschaftlichkeit des Zweckes. Wenn Zwei zusammenschießen, und nur einer den Gewinn haben soll, so ist wiederum keine Societät. Jedoch kommt darauf nichts an, daß beide von dem Gewinn gleichviel erhalten[2]). Der Zweck muß bestehn in der gemeinschaftlichen Erwerbung von Rechten. Ihn völlig unbestimmt zu lassen, ist unstatthaft: eine Vereinigung zur Beförderung wissenschaftlicher Ausbildung ist keine Societät. Bereicherung als Zweck anzugeben, ist zu eng. Zwei Nachbaren, welche ein Haus ihnen gegenüber kaufen, können dies thun, um es vortheilhaft zu verkaufen, aber auch um es niederzureißen und die freie Aussicht zu genießen. Im letztern Fall haben sie pecuniären Verlust, Rechte erwerben sie aber gewiß[3]).

Arten. Die größte Ausdehnung, in welcher der Begriff sich denken läßt, ist die, wo das gesammte Vermögen der Contrahenten verbunden wird, societas omnium, universorum, totorum bonorum, universarum fortunarum, bei den Neuern societas universalis. Daneben kommen mannigfache Abstufungen vor, s. g. societas particularis. So wenn sie auf allen künftigen Erwerb und Verlust gerichtet ist, das vorhandene Vermögen aber ausgeschlossen bleibt, s. universorum quae ex quaestu veniunt: wenn sie auf einzelne Gat-

---

1) Gai. 3, 148—154. Inst. 3, 25: de societate. Dig. 18, 2. Cod. 4, 37: pro socio.

2) l. 5. §. 2. l. 29. §. 2. D. 17, 2. Ulp.

3) l. 52. §. 13. D. 17, 2. Ulp.

tungen von Geschäften, eine Handlung, Fabrik, beschränkt ward, s. negotiationis alicujus: am engsten endlich, wenn sie für ein einzelnes vorübergehendes Geschäft, unius rei, geschlossen wurde. Die Neuern theilen diese s. g. societas quaestuaria in universalis, generalis und specialis.

Entstehung. Die Societät ist ein Consensualvertrag, bedarf zur Eingehung nur des übereinstimmenden Willens der Contrahenten, keiner Feierlichkeit [1]). Der Wille muß Grund der Gemeinschaft sein: nicht jede zufällig entstandene Gemeinschaft ist Societät. Auch für sie gelten natürlich die für Verträge überhaupt gegebenen Bestimmuugen. Die Societät darf also nicht auf etwas Verbrecherisches, Unsittliches gerichtet sein: Bedingungen und Zeitbestimmungen können dabei vorkommen u. s. w.

Verbindlichkeiten der Gesellschafter unter einander.

Aus dem Gesellschaftsvertrage entspringt für jeden Theilnehmer eine Klage, die pro socio actio. Ihr Hauptgegenstand ist der Zweck der Societät. Dieser besteht darin, daß Etwas erworben werde. Möglich ist, daß statt dessen verloren wird. Hier gilt die Grundregel: Gewinn und Verlust sind nicht selbstständig zu behandeln, sondern gegen einander abzurechnen. Es ist also stets ein Saldo zu ziehen, und es kann Gewinn oder Verlust nur im Ganzen, nie jeder besonders zur Vertheilung kommen [2]). Ueber die Portionen bei der Vertheilung entscheidet zunächst der Inhalt des Vertrags. Die Parteien können ungleiche Theilung festsetzen, theils in Bezug auf den Saldo, theils in Betreff der Art, wie er gewonnen wird. So, wenn bei Berechnung des Gewinns der Antheil eines Jeden auf $1/2$, bei Ausmittelung des Verlust's, der des Einen zu $3/4$, der des Andern zu $1/4$ angeschlagen wird. Auch können die Antheile der Taxation eines Dritten unterworfen, sogar festgesetzt werden, daß Einer der Gesellschafter die Antheile machen soll, in welchem Fall jedoch der Andere, wenn er mit den Theilen nicht zufrieden ist, auf das Urtheil Sachver-

1) l. 4. D. 17, 2. Mod.
2) l. 30. D. 17, 2. Paul.

ständiger provociren kann [1]). Fehlt es an Bestimmungen der Parteien, so werden im Zweifel Kopftheile gemacht [2]). Die Regel findet jedoch nur da Anwendung, wo eine künstliche Berechnung des Verhältnisses eintreten muß: so, wenn z. B. der Eine sein Capital, der Andere seine Arbeit bei einer Handlung eingeschossen hat. Lassen sich dagegen die Beiträge durch ein reines Zahlenverhältniß ausdrücken, so wird auch der Gewinn nach der Größe der Beiträge berechnet. Zum Ankauf eines Hauses schießt a 9000, b 1000 her, sie verkaufen es zu 20000: hier beträgt der Gewinn des a 9000, der des b 1000. Diesen Allen zufolge geht die Societätsklage:

1) Darauf, daß das Erworbene gemeinschaftlich gemacht werde: z. B. auf Uebergabe eines für gemeinsame Rechnung erworbenen Hauses, auf Vertheilung einer Geldsumme [3]).

2) Auf Vertheilung der Früchte und sonstigen Accessionen des gemeinsamen Erwerbs [4]). Dasselbe gilt von den Zinsen eines gemeinschaftlichen Capitals. Sollte ein Gesellschafter gemeinsames Geld heimlich zu seinem Privatvortheil verwendet haben, so treffen ihn die bei Veruntreuung fremder Gelder üblichen Strafzinsen. Andererseits hat ein Gesellschafter keinen Anspruch auf Zinsen, wenn er sich weigert, die Gefahr eines gemeinsamen Capitals, welches der Andere einseitig ausgeliehen hat, zu übernehmen [5]). Schließlich können auch gewöhnliche Verzugszinsen hier vorkommen.

3) Wer die Geschäfte der Societät verwaltete kann Vergütung für die aus eignem Vermögen gemachten Auslagen nebst Zinsen verlangen [6]).

Alle diese Verpflichtungen werden durch den Zweck der Societät herbeiführt. Es können jedoch auch Umstände, auf

---

1) l. 29. §. 1. Ulp. l. 75—80. D. 17, 2. Cels. Proc. Paul.
2) l. 29. pr. D. 17, 2. Ulp.
3) l. 74. D. 17, 2. Paul.
4) l. 38. §. 1. D. 17, 2. Paul.
5) l. 67. §. 1. D. 17, 2. Paul.
6) l. 67. §. 2. D. 17, 2. Paul.

welche nicht gerechnet war, hervortreten, und dadurch Etwas verloren gehn. Jeder Gesellschafter haftet in dieser Beziehung für Arglist, die ihn überdies infamirt. Denn bei dem Vertrage wird ein besonderes gegenseitiges Vertrauen verlangt, dessen Täuschung streng gerügt werden soll. Grobe Versehen stehn der Arglist gleich. Nach allgemeinen Grundsätzen würde auch für geringe Versehen zu haften sein, da das Geschäft aus Gefälligkeit nicht abgeschlossen wurde. Dies ist auch anerkannt [1]. Es tritt hier jedoch die Milderung ein, daß nur die auf eigne Angelegenheiten verwandte Sorgfalt verlangt wird [2]. Deshalb, weil Jeder vor Eingehung des Societätsvertrags sich genau nach der Persönlichkeit seines Contrahenten erkundigen mag, und durch den Abschluß in die aus solcher möglicherweise hervorgehende Gefahr eingewilligt hat [3]. Sind dem Gesellschafter jedoch Sachen gegen eine Taxe anvertraut, so haftet er für geringe Versehen ohne die genannte Milderung [4]: denn die Taxe muß eine Bedeutung haben.

Societas omnium bonorum. Das ganze Vermögen der Contrahenten soll hier gemeinsam sein. Die einzelnen dazu gehörigen Sachen brauchen nicht besonders übergeben zu werden, eine brevi manu traditio wird angenommen. Die Obligationen gehn jedoch nicht sofort über. Da indessen Jeder zur Cession der Hälfte den Andern zwingen kann, so findet zu diesem Theil gegen den Schuldner auch ohne Cession eine utilis actio statt [5]. Einnahme und Erwerb sind fortan gemeinsam ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund. Sollte ein Gesellschafter eine Sache stehlen, so wird weder die Sache selbst, wie sich ohnedies versteht, noch das aus deren Verkauf gelöste Geld gemeinsam. Ebenso werden alle Gesellschafter von dem Verlust des Einzelnen betroffen, und wenn die Schulden des Einen auch nur seine des Contrahen-

---

1) l. 52. §. 2. D. 17, 2. Ulp. l. 23. D. de R. J. 50, 17. Ulp. l. 5. §. 2. D. commodati. 13, 6. Ulp.

2) l. 72. D. 17, 2. Gaj.

3) §. 9. J. 3, 25.

4) l. 52. §. 3. D. 17, 2. Ulp.

5) l. 1. §. 1. Paul. l. 2. Gaj. 3. Paul. D. 17, 2.

ten Person treffen, so kann doch von den Theilnehmern der betreffende Beitrag verlangt werden. Eine Ausnahme machen die Strafen für Vergehn[1]).

Andere Gesellschaften. Ihre Grenzen sind aus dem Inhalt des Vertrags zu bestimmen.

Verbindlichkeiten gegen Dritte.

Man könnte die Societät als ein Mittel ansehen, um eine juristische Person zu erzeugen, gegen welche jeder Gläubiger klagen könnte, indem ein Gesellschafter durch jede Handlung des Anderen verpflichtet würde. Diese Ansicht ist jedoch dem römischen Recht fremd. Jeder Gesellschafter steht dem Dritten allein gegenüber, wird von ihm belangt, und nimmt seinen Regreß an den Genossen. Modifikationen treten insoweit ein, als ein Gesellschafter zugleich als Geschäftsführer des Andern aufgetreten ist, z. B. bei einer Fabrik. Hier steht es zur Wahl des Dritten, ob er den Gesellschafter als seinen Contrahenten auf das Ganze, oder ob er ihn zu seinem Antheil und zu dem Rest den andern Gesellschafter mit der institorischen Klage belangen will. Das Letztere ist also keine Folge der Societät an und für sich[2]).

Die wichtigsten Societäten des heutigen Rechts sind die Handelsgesellschaften. Sie haben sich eigenthümlich entwickelt, und es ist ebenso verkehrt die reinen Grundsätze der römischen Societät auf sie anwenden zu wollen, wie in das römische Recht fremde Grundsätze hineintragen, um sie auf die gedachten Societäten anzuwenden[3]).

Ende. Die Societät gehört zu den zusammengesetzten obligatorischen Verhältnissen, welche sich über einen ganzen Zeitraum verbreiten, und wobei in jedem Augenblick einzelne Obligationen auf vorübergehende Handlungen sich entwickeln

---

1) l. 3. §. 1. Paul. l. 73. Ulp. D. 17, 2. l. 52. §. 17. 18. D. 17, 2. Ulp. l. 27. 28. D. 17, 2. Paul.;

2) l. 82. D. 17, 2. Pap.

3) Thöls Handelsrecht. 2. A. §. 34—48.

können. Die Auflösung der Societät wird demnach herbeigeführt:

1) Dadurch, daß der Gegenstand des Vertrags eine wesentlich veränderte Stellung erhält, indem der Zweck der Societät entweder erreicht ist, oder unerreichbar wurde [1]).

2) Durch wesentliche Aenderung der Contrahenten. Stirbt ein Gesellschafter, so hat die Societät ihr Ende erreicht. Sie geht weder auf dessen Erben über, noch dauert sie unter den übrigen Theilnehmern fort: denn es wird angenommen, daß dabei auf das Dasein jedes Einzelnen gerechnet sei. Die Fortdauer unter den Uebrigen kann jedoch durch Vertrag zum Voraus festgesetzt werden: nicht so der Uebergang auf die Erben. Daß diese mit den Uebrigen von Neuem in Societät treten können, versteht sich von selbst. Durch den Tod hört jedoch nur das fortdauernde Verhältniß als Quelle neuer Obligationen auf, die bereits entstandenen Rechte und Verpflichtungen gehen vollständig auf die Erben über [2]). Gleiche Wirkung mit dem Tode haben Verlust der Civität (capitis deminutio magna), Concurs- und Vermögensconfiscation [3]).

3) Durch Willensänderung, nicht bloß Aller, sondern schon eines einzigen Gesellschafters, renunciatio. Durch sie hat das Verhältniß auch unter den Uebrigen aufgehört, welche jedoch sofort wieder zusammentreten können. Auch hier hört das Verhältniß nur in seinen Wirkungen für die Zukunft auf, nicht für die Vergangenheit [4]). Der Rücktritt darf natürlich nicht auf unredliche Weise geschehen. Ein Fall der Art würde vorliegen, wenn sich Jemand durch die Kräfte der Societät persönliche Verbindungen erwarb, und die Societät abbrechen wollte, um die Verbindungen einseitig für sich zu benutzen. Ferner: Wenn ein großer Aufwand für gewisse Zwecke gemacht ist, und kurz zuvor ehe sie erreicht wurden einseitig gekündigt würde. Sollte die Societät auf gewisse Jahre in der Absicht, um innerhalb dieser Zeit gewisse Zwecke zu erreichen, einge-

---

1) l. 58. pr. Ulp. l. 65. §. 10. Paul. D. 17, 2.
2) l. 65. §. 9. Paul. l. 59. pr. Pomp. D. 17, 2.
3) l. 63. §. 10. Ulp. l. 65. §. 1. 12. Paul. D. 17, 2.
4) §. 4. J. 3, 25.

gangen sein, so wird, falls ein Theilnehmer vor Ablauf der Zeit zurücktritt, präsumirt, daß es zur Unzeit geschehen sei: doch aus besondern zum Ermessen des Richters stehenden Gründen ist auch hier der Rücktritt gestattet[1]).

Die Theilung der Güter liegt außer den Zwecken der Societät. Sie hat ihr Ziel erreicht, wenn das gemeinsam geworden ist, was gemeinsam werden sollte. Die Theilung selbst hängt mit der allgemeinen Natur der Gemeinschaft zusammen.

Gemeinschaft der Güter[2]).

Begriff und Entstehung. Eine Gemeinschaft kann durch Vertrag oder durch zufällige Umstände, bei den Neueren communio incidens, herbeigeführt werden. So, wenn mehrere zu Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtniß bedacht sind. Hier sollen die für jede Gemeinschaft, abgesehen von ihren Entstehungsgründen, geltenden Grundsätze erörtert werden.

Verbindlichkeiten. Mit jeder Gemeinschaft ist eine allgemeine Obligation verbunden, bei den Neuern ex lege genannt. Sie ist auf Theilung und auf die Leistungen gerichtet, welche bei Gelegenheit der Theilung zur Sprache kommen können. In Betreff der Theilung gilt das Grundprincip, daß jede Gemeinschaft auflöslich ist: der Einzelne kann gegen den Willen des Andern die Auflösung erzwingen. Die Theilung selbst ist etwas Willkürliches und kann durch Vertrag herbeigeführt werden. Einen besondern Theilungsvertrag giebt es nicht. Es lassen sich zu dem Ende die mannigfachsten Verträge anwenden, z. B. Stipulation, was sehr häufig war, Tausch, Kauf rc.[3]) Für einen solchen Vertrag gelten keine

---

1) l. 65. §. 3—6. D. 17, 2. Paul.

2) Inst. 4, 17: de officio iudicis. Dig. 10, 2. Cod. 3, 36: familiae herciscundae. Dig. 10, 3. Cod. 3, 37: communi diuidundo. Cod. 3, 38: communia utriusque iudicii, tam familiae herciscundae quam communi diuidundo. Cod. Gregor. 3, 4. (7): de familiae erciscundae et communi dividundo.

3) l. 7. 1. 8. C. comm. utr. jud. 3, 38. Antonin. Diocl. et Max.

abweichenden Grundsätze. Ist er erfüllt, so geht Eigenthum aus ihm über. Auch ist er anfechtbar, wie jeder andere Vertrag. Eine Stelle[1]) hat Zweifel erregt, allein die Worte fraus dolus und perperam bezeichnen hier den einzigen Begriff des dolus: denn das inaequaliter am Schluß der Stelle wird aus einem allgemeinen bei bonae fidei contractus geltenden Princip abgeleitet. Diese können jedoch nicht allgemein wegen Irrthums, und so hat man perperam verstehen wollen, sondern nur wegen Betrugs angefochten werden.

Findet vertragsmäßige Ausgleichung nicht statt, so hat Jeder das Recht, die Theilung auf dem Wege der Klage durch den Richter herbeizuführen.

Theilungsklagen.

Allgemeine Grundsätze. Mit einer Theilungs-Klage konnte man für alle Fälle ausreichen. Es finden sich jedoch im römischen Recht drei, familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum. Die communi dividundo actio würde das Bedürfniß völlig befriedigen, da sie auf Gemeinschaften aller Art paßt. Daß die familiae herciscundae a. daneben steht, hat einen historischen Grund. Diese Klage, eingeführt für den häufigsten Fall, die bei Erbschaften entstehende Gemeinschaft, fand sich schon in den 12 Tafeln, welche die übrigen Gemeinschaften nicht besonders beachteten. Allmälig kamen auch derartige Fälle vor Gericht, und so ward eine besondere Klage nöthig, die communi dividundo a., welche nur die Abstraction des speciellen Falls der Erbtheilungsklage ist. Die alte Klage jedoch, an welche sich mancherlei Erfahrungen knüpften, behielt man bei, ohne daß es nöthig gewesen wäre. Die finium regundorum actio aber, welche keine Gemeinschaft voraussetzt, und keine Theilungs-, sondern eine Grenzberichtigungsklage ist, ward deshalb hier angereiht, weil sie mit jenen Klagen gewisse Grundsätze gemein hat.

---

1) l. 3. C. comm. utr. jud. 3, 28. Diocl. et Max. In der ursprünglichen Gestalt zu lesen im Cod. Greg. bei Schulting jurispr. antej. p. 695. und Corp. jur. antej. Fasc. 2. p. 22.

Zweck der Theilungsklagen überhaupt ist die Auflösung der Gemeinschaft. In welcher Art, ist dem Richter nach den Umständen des einzelnen Falls zur Beurtheilung verstellt. Er kann eine Auction unter den Parteien oder unter fremden Personen veranstalten. Er hat zu gleichem Zweck das Recht, durch seine Zuerkennung unmittelbar römisches Eigenthum zu schaffen, die adjudicatio[1]). Eine Anweisung, wie bei richterlichen Theilungen zu verfahren sei, findet sich in mehreren Stellen[2]).

Der Rechtsgrund der Theilungsklage ist nicht das Sachenrecht, welches unter den Parteien gemeinsam ist. Dieses ist die nothwendige Voraussetzung der Klage. Der Grund des Anspruchs auf Theilung ist obligatorischer Natur. Es ist der Rechtssatz: wer in einer Gemeinschaft steht, muß sich deren Auflösung gefallen lassen. Die Klage ist also ihrem Wesen nach eine persönliche[3]). Die Frage, ob der Kläger Miteigenthümer seines Gegners sei, muß also, der Kläger mag sich im Besitz des zu theilenden Objects befinden oder nicht, jedenfalls, sei es in demselben oder in verschiedenen Processen, entschieden sein, bevor der Richter im eigentlichen Theilungsstreit ein Urtheil fällen kann[4]). Wegen dieses zusammengesetzten Verhältnisses heißt es von diesen Klagen, mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam[5]).

Gegen die Erbtheilungs- und die Theilungs-Klage gilt keine Verjährung zu dem Zweck, daß das gemeinsame Gut für immer ungetheilt bleibe. Ebensowenig gegen die Grenzberichtigungsklage mit der Wirkung, daß die Grenzen nie geregelt würden. Werden die Klagen jedoch wegen der Nebenforderungen angestellt, oder behauptet der Beklagte einen festen Besitz über die verwirrten Grenzen hinaus 30 Jahre gehabt zu haben, so kann Verjährung eintreten[6]).

---

1) §. 7. J. 4, 17. §. 20 J. de actionibus. 4, 6.

2) l. 3. §. 1. l. 21. D. 10, 3. Ulp. §. 5. J. 4, 17. l. 6. §. 10. l. 7. §. 1. D. 10, 3. Ulp. l. 1. 2. 3. C. 3, 37. Anton. Alexander.

3) l. 8. pr. D. 10, 3. Paul. l. 5. C. 3, 37. Diocl. et Max.

4) l. 7. §. 5. D. 10, 3. Ulp. l. 1. §. 1. D. fam. herc. 10, 2. Gaj.

5) §. 20. J. 4, 6. l. 1. D. finium regundorum. 10, 1. Paul.

6) l. 1. §. 1. C. de ann. exc. 7, 40. Justinian. 530. l. 6. C. fin. reg. 3, 39. Theodos. 392.

Communi dividundo actio, die Klage auf Auflösung einer jeden Gemeinschaft, ohne Rücksicht auf deren Gegenstand oder Entstehungsgrund, den Fall der Erbtheilungsklage ausgenommen [1]). Ihr Hauptzweck ist soeben entwickelt. Hinsichtlich der Nebenzwecke werden gleiche Grundsätze wie bei der Societätsklage angewandt. Den Schadenersatz anlangend, so wird für Arglist und jedes Versehen gehaftet, jedoch auch in letzter Beziehung nicht für Mehr, als Sorgfalt in eignen Angelegenheiten [2]). Für diese Modification kann der bei der Societätsklage geltend gemachte Grund nicht angeführt werden, sobald die Gemeinschaft zufällig ist. Allein wenn eine wenig sorgfältige Person mit einer andern in Gemeinschaft kommt, und in deren Abwesenheit sich der Sache angenommen hat, so kann man ihr weder den Vorwurf unbefugter Einmischung machen, noch sie mit Billigkeit zu einer Handlungsweise anstrengen, welche das Maaß der ihrem ganzen Wesen entsprechenden Sorgfalt übersteigen würde.

Delictsobligationen.

Zehntes Kapitel. Verantwortlichkeit für Arglist.

Betrug.

Betrug, dolus, bezeichnet hier die absichtliche Verfälschung der Wahrheit um einem Andern zu schaden. Verträge, welche dadurch herbeigeführt werden, sind ungültig. Allein auch außerdem hat der Betrogene ein Recht gegen den Betrüger, eine Klage und eine Einrede.

De dolo actio [3]). Bedingungen: Betrug, dolus: geflissentliche Erzeugung eines Irrthums, verbunden mit

---

1) l. 4. pr. l. 7. §. 2—11. D, 10, 3. Ulp.

2) l. 10. pr. D. 10, 3. Paul. l. 25. §. 16. 18. D. fam. herc. 10, 2. Paul. l. 23. D. de R. J. 50, 17. Ulp.

3) Dig. 4, 3. Theod. 2. 15. Cod. 2, 21: de dolo malo. Decret. Greg. 2, 14. Sext. 2, 6. Clem. 2, 4: de dolo et contumacia.)

der Absicht, einem Andern zu schaden [1]). Gewöhnlich tritt hinzu, daß der Betrüger zu gewinnen strebt: allein Betrug aus reiner Bosheit schließt die Klage nicht aus [2]).

2) Die Absicht muß von Erfolg gewesen, es muß wirklich geschadet sein [3]).

3) Daß dem Kläger nicht auf anderm Wege zu helfen: die Klage ist subsidiär, und dadurch auf seltene Fälle beschränkt [4]). Ein Beispiel würde der Fall enthalten, wo Einer dem Andern, wohl wissend, daß dieser dadurch in Schaden komme, einen nachtheiligen Rath gegeben hätte: denn ein contractliches Verhältniß wird dadurch nicht begründet.

Wirkungen. Gerichtet ist die Klage auf das Interesse, nicht auf Strafe: den Verurtheilten trifft Infamie. Von der aquilischen Klage unterscheidet sie sich u. A. dadurch, daß sie ihrer Begründung nicht ihrem Gegenstand nach pönal ist. Gegen die Erben geht sie nach römischem Recht, soweit diese durch das Delict bereichert sind [5]). Ursprünglich wie alle prätorischen Klagen auf einen annus utilis beschränkt, findet sie nach neuestem Recht während eines biennium continuum statt. Dessen Lauf soll, sonderbar und ungünstig für den Betrogenen, mit dem Augenblick des Betrugs, nicht mit dem, wo der Betrogene davon Kenntniß erhält, beginnen, auch die Rechtsverfolgung innerhalb des Zeitraums beendet sein. Entdeckt man also nach zwei Jahren den Betrug, so ist die Klage verjährt, ehe man darum wußte. Die Verjährung bezieht sich jedoch nur auf die Infamie, als Interessenklage, in factum actio, ist sie dreißig Jahre lang gestattet [6]).

Doli exceptio [7]). Sie ist von großer Bedeutung und Ausdehnung. Die subsidiäre Natur der Klage, und von deren Folgen die Infamie fallen hier hinweg. Ihre Anwen-

---

1) l. 1. §. 2. D. 4. 3. Ulp.

2) l. 39. Gaj. 40. Fur. Anth. D. 4, 3.

3) l. 1. §. 5. D. 4, 3. Ulp.

4) l. 1. §. 1—7. l. 7. pr. D. 4, 3. Ulp.

5) l. 17. Ulp. l. 26. l. 28. Gaj. D. 4, 3.

6) l. 28. Gaj. 29. Paul. D. 4, 3. l. 8. C. 2, 21. Constantin. (319.)

7) Dig. 44, 4: de doli mali et metus exceptione.

dung geht soweit als der Begriff des dolus[1]). Und noch weiter. Man ließ die Einrede theils zu bei einem künstlichen Beweis des Betrugs, wenn im Handeln des Gegners durch Vergleichung verschiedener Zeitmomente ein Widerspruch hervortrat, theils wo die Billigkeit mit dem strengen Recht in Conflict gerieth. Verkauft a an b in Rom sein Haus, und tradirt es, anstatt es zu mancipiren: später reut ihn der Handel, und er vindicirt dasselbe, so dringt er damit nach strengem Recht durch, weil er noch quiritarischer Eigenthümer ist: doch kann ihm der Gegner die doli exceptio entgegensetzen, selbst dann, wenn a den b durchaus nicht darüber täuschte, daß die Tradition das volle Eigenthum nicht übertrage: denn a widerspricht sich in seinem Handeln, und jedenfalls der Billigkeit. — Endlich ging man soweit, anzunehmen, daß jede Einrede mit einer doli exceptio verbunden sei, quia dolo facit, quod petit[2]). Die doli exceptio in ihrer ursprünglichen Bedeutung nennen die Neuern specialis, in ihren freiern Anwendungen generalis. Das dargestellte Princip kann auch als Replik geltend gemacht werden, welche ebensowenig infamirt wie die Einrede. Haben die Parteien sich aber gegenseitig betrogen — Betrug im eigentlichen Sinn genommen — so kann die Einrede aus solchem durch eine Replik nicht entkräftet werden. Es ist unter der Würde des Richters bei solcher Sachlage handelnd einzugreifen, er läßt Alles so, wie er es vorfindet.

Gegen Erben kann die doli exceptio vorgeschützt werden: gegen Singularnachfolger nur, wenn sie aus lucrativem z. B. als Vermächtnißnehmer, nicht, wenn sie aus onerosem Grunde, z. B. als Käufer, erworben haben[3]).

Zwang und Tumult.

Metus causa gestum[4]). Das Edict lautet[5]): quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Also:

---

1) l. 2. pr. D. 44, 4. Ulp.

2) l. 1. §. 1. Paul. l. 2. §. 5. Ulp. D. 44, 4. l. 36. D. de v. o. 45, 1. Ulp.

3) l. 4. §. 31. d. 44, 4. Ulp. l. 6. D. de exceptt. 44, 1. Paul.

4) l. 1. D. 4, 2. Ulp.

5) Dig. 4, 2: quod metus causa gestum erit. Cod. 2, 20: de his quae vi metusue causa gesta sunt.

1) Metus, d. h. compulsiver Zwang, bewirkt durch Drohungen, während der absolute nur durch physische Mittel thätig ist. Die Drohung muß auf etwas Bedeutendes gerichtet sein, und das angedrohte Uebel eine gewisse Wahrscheinlichkeit haben.

2) Ein gestum, es muß ein Rechtsgeschäft abgeschlossen sein, durch welches der Rechtszustand verändert ward: z. B. Eigenthumsübertragung, Uebernahme oder Aufgeben einer Schuldforderung, Antritt und Ausschlagen einer Erbschaft u. s. w., und durch das gestum muß man wirklichen Schaden erlitten haben. Eine Veränderung des Rechtszustandes auf factischem Wege, z. B. durch Beraubung, gehört nicht hieher [1]).

3) Es muß metus causa gestum sein, Rechtsgeschäft und Drohung müssen im Causalzusammenhang stehen. Nicht nothwendig ist, daß die Drohung von dem ausgeht, der dadurch genommen hat, es kann auch ein Dritter sein.

Sind diese Bedingungen vorhanden, so will der Prätor dem entgegen wirken. Dies geschieht durch quod metus causa actio oder exceptio. Beide sind auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet [2]). Klage und Einrede sind persönlich, ihr Grund liegt in einer allgemeinen Rechtsregel, obligatio ex lege bei den Neuern. Sie lautet: Jeder, der es vermag, soll mitwirken, um die Folgen der Drohung zu vertilgen. Klage und Einrede werden daher gegen jeden dritten Besitzer gegeben, die Klage ist eine personalis in rem scripta. Stellt man sie gegen den Drohenden selbst an, so ist sie eine Delictsklage: gegen den Dritten wird sie ex aequitate gegeben [3]). Die Klage wird angewandt auf erzwungene Sachenrechte wie auf erzwungene Obligationen [4]). Zwar hat sie regelmäßig die Natur einer persönlichen Klage, doch können Fälle eintreten, in denen eine in rem actio nöthig wird. Auch diese wird alsdann gegeben. So, wenn der Beklagte in Concurs fällt; hier hat der Kläger das Recht, die ihm abgedrohte

---

1) l. 12. §. 1. l. 14. pr. D. 4, 2. Ulp.

2) l. 9. §. 3. u. 8. D. 4, 2. Ulp. l. 4. §. 33. D. de doli exc. 44, 4. Ulp.

3) l. 14. §. 3. 5. 11. l. 9. §. 8. l. 16. pr. u. §. 1. D. 4, 2. Ulp.

4) l. 9. §. 3. 4. 6. 7. D. 4, 2. Ulp.

Sache aus dem Concurs zu vindiciren[1]). Bei der **quod metus causa actio** kommt bisweilen eine Verurtheilung auf Strafe hinzu, die ihren Grund darin hat, daß die Klage eine **arbitraria** ist. Läßt nämlich der Beklagte es zum Proceß kommen, und giebt die Sache nicht vor erfolgtem Urtheil heraus, so soll er auf das Vierfache verurtheilt werden, d. h. außer der Sache noch den dreifachen Werth zahlen[2]). Auf Straferhöhung geht die Klage jedoch nur ein Jahr lang, nachher nur auf das einfache, und ist alsdann der gewöhnlichen Klagenverjährung unterworfen. Heutzutage fällt die Strafe hinweg.

Vi bona rapta[3]). Raub ist ein mit Gewaltthat gegen die Person verbundener Diebstahl. Nach römischem Recht waren daher die aus dem furtum entspringenden Klagen hier anwendbar: vortheilhafter jedoch in manchen Fällen (**furtum nec manifestum**) die **vi bonorum raptorum actio** auf den vierfachen Werth, in welchem der Sachwerth inbegriffen ist. Heutzutage werden nur Ansprüche auf Entschädigung zugelassen.

Damnum in turba datum[4]). War bei einem öffentlichen Auflauf Jemand beschädigt oder dessen Sachen zerstört, so hatte man die aquilische Klage auf das Einfache; wegen der erschwerenden Umstände jedoch, die theils in der größeren Gefährlichkeit, theils in der Schwierigkeit sich zu schützen liegen, ward auch hier eine Klage auf das Doppelte gegeben. Beispiel: das Einwerfen der Fenster bei einem Auflauf. — Heutzutage unanwendbar.

Misbrauch von Unfällen[5]). Verdirbt oder stiehlt Jemand in Zeiten eines plötzlichen Nothstandes (Feuersbrunst, Schiffbruch) Sachen eines Andern, so geht innerhalb eines Jahres eine Klage auf das Vierfache später auf das Einfache gegen den Thäter. Jetzt wird nur die Letzte zugelassen.

---

1) l. 9. §. 4. 6. D. 4, 2. Ulp. l. 3. C. 2, 20. Gordian. (238.).

2) l. 14. §. 1, 3, 4, 7, 9, 10. D. 4, 2. Ulp.

3) Cic. pr. Tull. c. 7—12. 31. 42. Gai. 3, 209. Inst. 4, 2. Dig. 47, 8. Cod. 9, 33: vi bonorum raptorum (et de turba).

4) Paul. 5, 3: de his quae per turbam fiunt. Dig. 47, 8: de turba l. 4. Ulp.

5) Legg. Mos. Coll. tit 12. Dig. 47, 9: de incendio, ruina, naufragio rate naue expugnata.

Diebstahl[1]).

Begriff des furtum. Die Definition der Römer lautet: Contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius, possessionisve[2]). Vorausgesetzt wird also:

1) Eine contrectatio, die Sache muß körperlich behandelt, bewegt sein. Ein furtum ist also nur bei beweglichen Sachen möglich. Nach mancherlei Streit haben sich die alten Juristen für diese Ansicht entschieden[3]). Heimliche Entwendung gehört nicht zur Form der Contrectation. Auch ein gewaltsamer Raubanfall ist nach römischem Recht ein furtum. Nur in Bezug auf die Größe der Strafe ist ein Unterschied, ob der Dieb betreten ward, ehe er die Sache in seinen Gewahrsam brachte, furtum manifestum, oder nachdem solches geschehen war, nec manifestum[4]).

2) Die Contrectation muß fraudulosa sein, ein culposes furtum gibt es nicht.

3) Sie muß lucri faciendi gratia, mit der Absicht eignen Gewinns, geschehen sein. Wer eine Sache aus Bosheit nimmt und zerstört, begeht kein furtum.

Diese gewinnsüchtige Absicht kann gerichtet sein:

a) Gegen fremdes Eigenthum: furtum rei. Wer Eigenthümer einer Sache ist, und dieses nicht weiß, kann an solcher keinen Diebstahl begehen[5]).

b) Gegen ein dingliches Recht, z. B. des Faustpfandgläubigers oder Usufructuars: furtum possessionis. Meistens wird der Diebstahl ein doppelter sein. Man bestiehlt den Eigenthümer und den Pfandgläubiger, furtum rei et possessionis. Bestiehlt der Eigenthümer selbst den Faustpfandgläubiger, so liegt nur ein furtum possessionis vor[6]). Ver-

---

1) Gai. 3, 183—208. Inst. 4, 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Paul. 2, 31. Dig. 47, 2. Cod. 6, 2: de furtis et servo corrupto.

2) l. 1. §. 3. D. 47, 2. Ulp. §. 1. J, 4, 1.

3) l. 38. z. E. D. de usurp. et usuc. 41, 3. Gaj. l. 25. pr. D. 47, 2. Ulp. §. 7. z. E. J. de usuc. 2, 6.

4) l. 3—8. D. 47, 2. Ulp. Paul. Gaj.

5) l. 46. §. 8. l. 49. §. 2. D. 47, 2. Ulp.

6) l. 20. §. 1. Paul. l. 19. §. 5. Ulp. l. 4. Javolen. 47. 2.

kauft der Eigenthümer eine zur Hypothek gegebene Sache, so begeht er gleichfalls ein furtum [1]).

c) Gegen die temporäre Ausübung jener Rechte, furtum usus. So, wenn Jemand einen auf zwei Monate geliehenen Wagen zwei Monate länger widerrechtlich und in gewinnsüchtiger Absicht benutzt [2]).

Die Worte der Definition **vel ipsius rei** u. s. w. sind also nicht mit **contrectatio**, sondern mit **lucri faciendi gratia** zu verbinden: eine **usus contrectatio** ist überhaupt unmöglich.

Wirkungen. Sie gehören zum Theil dem Criminalrecht an. Schon im ältesten Recht war ein Fall des furtum criminell, im neusten kann jedes als **crimen extraordinarium** behandelt werden. Die civilrechtlichen Folgen bestehen theils darin, daß die Sache ersitzungsunfähig wird, theils in Obligationen: einer Klage auf Strafe, **furti actio**, und einer andern auf Rückgabe der Sache **furtiva condictio**.

Furti actio. Der Beklagte ist der Dieb. Sind es Mehrere, so trifft Jeden die Strafe ganz. Daneben der Gehülfe und Begünstiger [3]).

Kläger ist Jeder, dessen Recht durch den Diebstahl verletzt ward. Der Eigenthümer und jeder Realberechtigte: im Fall einer Verpfändung haben Eigenthümer wie Pfandgläubiger die Klage. Allein jeder Berechtigte nur soweit, als sein Interesse reicht. Wer eine Sache vermiethete, welche gestohlen ward, hat dieses nicht, da er durch die Vermiethungsklage geschützt ist. Die Klage geht in diesem Fall auf den über, welcher dem Berechtigten und insoweit er ihm für die Sache haftet: hier also auf den Miether [4]). Gerichtet ist die Klage nur auf Strafe, beim **manifestum** auf den vierfachen, beim **nec manifestum** auf den doppelten Werth — nicht der Sache, wie man gewöhnlich behauptet, sondern des Interesse, welches mit der **furtiva condictio** verfolgt werden kann [5]).

Der Beklagte wird durch die Verurtheilung infam; die

---

1) l. 19. §. 6. Ulp. l. 66 pr. Paul. D. 47, 2.
2) §. 6. J. 4, 1. l. 40. D. 47, 2. Paul.
3) §. 11. J. 4, 1.
4) §. 13. 15. J. 4, 1.
5) §. 5, 19. J. 4, 1. l. 80. (82) §. 1. D. 47, 2. Pap.

Klage durch einfachen Vertrag zwischen Kläger und Beklagten, gegen sonstige Regel, ipso jure, ausgeschlossen. Gleiche Grundsätze gelten bei der Injurienklage. Gegen die Erben des Diebes geht die furti actio nicht, auf die des Bestohlenen geht sie über: hierin eine Anwendung allgemeiner Grundsätze [1].

Furtiva condictio [2]. Worin die Anomalie dieser Condiction besteht ist bereits entwickelt worden. Sie ist die Klage des Bestohlenen gegen den Dieb auf Herausgabe der Sache, eventuell auf Ersatz. Ihr Rechtsgrund ist nicht das Vergehen, sondern, wie bei allen Condictionen, die Billigkeit, aequitas. Dieses ist geschichtlich so zu erklären. Ursprünglich entsprang aus dem Diebstahl nur die furti actio, gerichtet auf reichliche Entschädigung des Bestohlenen. Später fand man es unbillig, daß der Dieb die Sache behalte, der Bestohlene sich mit jenem Ersatz begnügen müsse. Man ließ daher die furtiva condictio daneben auf Rückgabe der Sache zu, und die furti actio verwandelte sich in eine reine Strafklage.

Beklagter ist nur der Dieb, gleichgültig ob ein furtum rei possessionis oder usus vorliegt, nicht dessen Gehülfen, bei welchen das Fundament der Condiction, die Billigkeit, nicht zutreffen würde [3]. Haben Mehrere am Diebstahl Theil genommen, so werden durch die von Einem beschaffte Leistung die Uebrigen frei [4].

Kläger ist jeder Bestohlene, der Eigenthümer beim furtum rei, der Faustpfandgläubiger und Usufructuar beim furtum possessionis, gewöhnlich beide neben einander, jeder auf sein Interesse [5]. Wenn in einer andern Stelle [6] gesagt wird soli domino competit, so heißt das: er hat die Klage so lange, als er Eigenthümer ist, nicht aber, nachdem er das Eigenthum aufgegeben hat [7]. Natürlich ist hier nur von freiwilligem Aufgeben die Rede: sonst stände es in der Willkür

1) l. 1. D. de priv. del. 47, 1. Ulp.
2) Dig. 13, 1. Cod. 4, 8: de condictione furtiva.
3) l. 6. D. 13, 1. Ulp.
4) l. 1. C. 4, 8. Diocl. et Max.
5) l. 22. pr. D. de pignor. act. 13, 7. Ulp. l. 12. §. 2. D. 13, 1. Ulp. Statt incerti zu lesen furtiva.
6) l. 1. D. 13, 1. Ulp.
7) l. 10. §. 2. 3. Ulp. l. 11. Paul. D. 13, 1.

des Diebes, die Condiction durch Zerstörung der Sache unmöglich zu machen[1]).

Gerichtet ist die Klage auf die Sache selbst, wenn sie unterging, auf deren Werth; daneben auf das gesammte Interesse, selbst das indirecte wegen der Arglist des Diebes[2]).

Aufgehoben wird die Klage dadurch, daß der Eigenthümer die Sache wieder erhielt, falls nicht ein besonderes Interesse noch vorliegt: beim **furtum manifestum** wird sie daher kaum vorkommen. Nicht aufgehoben wird sie durch den Untergang der Sache oder dadurch, daß sich dieselbe beim Diebe nicht mehr befindet. Sogar gegen die Erben des Diebes kann die Klage in diesem Fall auf das Interesse angestellt werden, weil sie nicht aus einem Delict, sondern aus der Billigkeit entspringt. Hiermit scheint die Haftungsverbindlichkeit im Fall eines zufälligen Untergangs der Sache nicht im Einklange zu stehn. Allein diese Pflicht folgt aus dem Grundsatz, daß für den Dieb vom Augenblick des Diebstahls an ein Verzug **ex re** eintritt, mithin er wie seine Erben für den Zufall einzustehen hat[3]).

Betrügerische Veräußerungen.

Judicii mutandi causa.[4])

Veräußerungen, durch welche in unredlicher Absicht die Rechtsverfolgung beeinträchtigt wird, berechtigen zu einer **in factum actio** auf das Interesse, gegen dem Veräußernden, oder zu einer Einrede gegen den neuen Kläger. Die Voraussetzungen sind:

1) Die Veräußerung eines Rechts oder eine Besitzesübertragung unter Lebenden[5]). Veräußerungen von Todeswegen[6]), bloße Entäußerungen[7]) kommen nicht in Betracht.

---

1) l. 12. pr. D. 13, 1. Ulp.

2) l. 3. l. 13. D. 13, 1. Paul.

3) l. 7. §. 2. l. 8. pr. Ulp. l. 17. Pap. l. 20. Tryphonin. D. 13, 1.

4) Dig. 4, 7. Cod. 2, 55. Decr. Greg. 1, 42: de alienatione iudicii mutandi causa facta.

5) l. 4. §. 2. 4. Ulp. l. 8. §. 2. Paul. D. 4, 7.

6) l. 8. §. 3. D. 4, 7.

7) l. 4. §. 1. D. 4, 7.

2) Die unredliche Absicht, dem Gegner einen bevorstehenden[1]) Rechtsstreit zu erschweren[2]).

3) Die Absicht soll in Erfüllung gegangen sein. Der Gegner muß also ein Interesse haben, daß die Veräußerung nicht erfolgte[3]), und diese darf nicht rückgängig geworden[4]), auch der Veräußernde nicht bereit sein, sich auf die Rechtsverfolgung einzulassen[5]).

Als Fälle der Erschwerung werden angeführt: Veräußerungen an eine Person, die in einer andern Provinz wohnt; an einen Mächtigern; in dem Augenblick, wo man mit dem interdictum quod vi aut clam oder der aquae pluviae arcendae actio zur Wegräumung eines Werks auf eigne Kosten angehalten werden sollte, während der neue Besitzer nur verbunden ist, zu gestatten, daß dies auf Kosten des Klägers geschehe; endlich nach stattgehabter operis novi nunciatio[6]).

Die Folgen sind:

1) Eine Einrede wider den neuen Kläger, um den Rechtstreit mit ihm abzulehnen[7]).

3) Eine im factum actio auf das Interesse[8]), während eines annus utilis[9]), gegen die Erben nur auf die Bereicherung[10]).

Der spätere Grundsatz, daß, wer arglistig den Besitz aufgegeben hat, wie ein Besitzer belangt werden kann, hat obigen Rechtsmitteln einen großen Theil ihrer Anwendbarkeit entzogen.

---

1) l. 8. §. 1. D. 4, 7.

2) l. 1. pr. Gaj. l. 4. §. 1. 3. 4. l. 8. §. ult — l. 10. Ulp. D. 4, 7.

3) l. 4. §. 5. D. 4, 7.

4) l. 8. §. 4. D. 4, 7.

5) l. 3. §. ult. D. 4, 7. Gaj.

6) l. 1. §. 1. — l. 3. §. 3. D. 4, 7.

7) l. 11. Ulp. l. 12. Marc. D. 4, 7. Für den Fall der Theilungsklage wird diese Vorschrift nicht dem Edict, sondern einer lex licinia zugeschrieben.

8) l. 1. pr. l. 3. §. 4. l. 4. §. 5. D. 4, 7.

9) l. 6. D. 4, 7. Ulp.

10) l. 4. §. 6. l. 7. Gaj. D. 4, 7.

Paulianische Klage.

Die paulianische Klage[1]) bezweckt die Aufhebung der widerrechtlichen von einem Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger vorgenommenen Handlungen. Daneben wird in den Quellen[2]) zu gleichem Zweck ein **fraudatorium interdictum** genannt. Beide unterschieden sich in der Proceßform und vielleicht auch darin, daß das Interdict stets Mitwissen des Beklagten um den Betrug voraussetzt. Heutzutage kommt nur die Klage in Betracht.

Bedingungen. 1) Eine juristische Handlung, **gestum**, des Schuldners, welche dessen Gläubiger beeinträchtigen kann[3]): und zwar a) Verminderung des Activvermögens. Sie wird möglich durch ein Handeln oder ein Unterlassen des Schuldners[4]). Beispiele für Letzteres enthalten: der Verlust einer Servitut durch Nichtgebrauch; einer Klage, durch verzögerte Anstellung; eines Rechtsstreits durch Nichterscheinen vor Gericht[5]). Die positive Thätigkeit zeigt sich theils in der Vornahme von Veräußerungen, z. B. Uebertragung des Eigenthums, Bestellung von Servituten und Pfandrechten[6]), auch für einen der bisherigen Gläubiger, theils in Verzichten auf Sachen- oder Forderungsrechte. b) Vermehrung der Schulden durch Uebernahme von Verbindlichkeiten[7]). — Dagegen gehört die Verabsäumung eines Gewinnstes, z. B. Nichtantretung einer angefallenen Erbschaft, Nichtannahme eines Geschenks, nicht in die Classe der anfechtbaren Handlungen des Schuldners[8]).

2) Handlungsfähigkeit des Schuldners. Er verliert dieselbe durch das Richterdecret, welches den Concurs über sein

1) Dig. 42, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. Cod. 7, 75: de reuocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt.

2) l. 67. §. 1. 2. D. ad sc. treb. 36, 1. Valens. l. 96. pr. D. de solutt. 46, 3. Pap.

3) l. 1. pr. §. 2. l. 10. pr. D. 42, 8. Ulp.

4) l. 3. §. 2. Ulp. l. 4. Paul. D. 42, 8.

5) l. 1. §. 2. l. 2. Ulp. l. 3. §. 1. 2. l. 4. l. 5. Gaj. l. 17. pr. Jul. l. 18. Pap. D. 42, 8.

6) l. 10. §. 13. l. 22. Scaev. D. 42, 8.

7) l. 3. pr. D. 42, 8.

8) l. 6. pr. §. 1—4. D. 42, 8. Ulp.

Vermögen eröffnet. Handlungen des Schuldners in Bezug auf sein Vermögen nach Erlaß dieses Decrets sind heutzutage an sich nichtig, bedürfen mithin keiner Anfechtung.

3) Effect der schuldnerischen Handlung, wirklicher Nachtheil der Gläubiger[1]).

4) Die Absicht des Schuldners, zum Nachtheil der Gläubiger zu handeln, fraus.[2]). Sie muß erwiesen werden. Verschenkt Jemand, welcher weiß, daß er Gläubiger hat, sein Gesammtvermögen, so ergiebt sich die betrügerische Absicht aus dieser Handlung[3]).

5) Bewußtsein der betrügerischen Absicht auf Seiten des Empfängers, ausgenommen im Fall unentgeldlicher Veräußeßerung[4]). Bestritten ist, inwiefern die Befriedigung eines Gläubigers vor Ausbruch des Concurses der Anfechtung unterliege.

Früher wurde häufig angenommen, eine solche Zahlung könne beim Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse stets zurückgefordert werden — Gratificationstheorie. Sie stützt sich auf zwei Stellen von Paulus und Scävola[5]). Hat ein Unmündiger sich mit oder ohne Autorität seines Vormundes als Erbe seines Vaters benommen und Gläubiger desselben befriedigt, so würden, wenn er nachher abstinirt, an sich jene Zahlungen ungültig sein. Dieses soll aber regelmäßig nicht[6]), und nach jenen Stellen nur dann angenommen werden, wenn sie geleistet sind, um einen Gläubiger zu begünstigen, welcher auf Zahlung überall nicht, oder wenigstens nicht ernstlicher drang als Andere, die nicht befriedigt wurden. Allein die Aufhebung ist hier nicht Folge der paulianischen Klage, sondern der aufgehobenen Erbenqualität des Zahlenden.

Eine zweite Theorie, welche die Zurückforderung zulassen

---

1) l. 10. §. 1. z. A. l. 15. Jul. D. 42, 8.

2) l. 1. pr. l. 10. pr. l. 15. D. 42, 8.

3) l. 17. §. 1. D. 42, 8.

4) l. 1. pr. l. 6. §. 11. l. 10. pr. §. 2—5. l. 25. pr. §. 1. Venulej. Dig. 42, 8. l. 5. C. 7, 75.

5) l. 6. §. 2. D. de reb. auctor. iudic. poss. 42, 5. l. 24. D. 42, 8.

6) l. 44. D. de ac. vel om. her. 29, 2. Jul. l. 6. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5.

will, wenn nicht bloß der Schuldner sondern auch der Gläubiger in bösem Glauben war, ist unmöglich, da ein Gläubiger, welcher mit dem Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sowie, daß er in dessen Concurs Befriedigung nicht erhalten werde, sich zahlen läßt, dennoch niemals einen Betrug begehen kann, indem er nur annimmt, was er zu fordern berechtigt war. Auch findet diese Theorie in den Quellen keine Bestätigung, namentlich nicht durch eine Stelle von Venulejus[1]), in welcher keineswegs jeder Ehemann, der von einem zahlungsunfähigen Schwiegervater eine Mitgift erhält, sondern nur der, welcher um die Zahlungsunfähigkeit nicht weiß, mit einem Gläubiger verglichen wird. Ebensowenig durch eine andere von Papinian[2]), wenn man berücksichtigt, daß der Gläubiger hier nicht mit dem Gelde des Betrügers, sondern mit dem Gelde des Unmündigen wissentlich befriedigt ist.

Es bleibt daher nur übrig sich einer dritten Theorie anzuschließen, welche die Unzulässigkeit der paulianischen Klage für diesen Fall unbedingt annimmt[3]). Selbst die verfrühte Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld und die Berichtigung einer naturalen Forderung unterliegen der paulianischen Klage nicht: denn diese ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Gläubiger ein Zwangsrecht, eine wirksame Klage gegen den Schuldner hat, sondern aus dem Grunde, weil ein Gläubiger, der das Seinige erhält, nie einen Betrug begeht. Doch kann die Klage bei verfrühter Zahlung auf das Interusurium gerichtet werden[4]); allein selbst dieses kommt nicht in Betracht, wenn der Schuldner eine Erbschaft, die er als Universalfideicommiß herausgeben soll, vor der Zeit restituirt, und ebensowenig, wenn er von solcher die falcidische Quart nicht abzieht[5]).

6) Der Fiscus hat ein Anfechtungsrecht selbst dann, wenn nur ein Gewinn ausgeschlagen, oder eine Schuld abge-

---

1) l. 25. §. 1. D. 42, 8.

2) l. 96. pr. D. de solutt. 46, 3.

3) l. 129. pr. D. de r. j. 50, 17. Paul. l. 6. §. 6. 7. l. 24. z. E. D. 42, 8.

4) l. 10. §. 12. l. 17. §. 2. D. 42, 8.

5) l. 19. Pap. l. 20. Callistr. D. 42, 8.

tragen ward, und es macht für ihn keinen Unterschied, ob die Veräußerung unentgeldlich oder gegen Entgeld stattfand [1]).

Kläger sind die zur Zeit der Vermögensverringerung vorhandenen Gläubiger: Spätere nur dann, wenn mit deren Gelde Frühere abgefunden sind [2]). Beklagter ist nach der richtigen Ansicht nur derjenige, zu dessen Gunsten gehandelt ward, nicht dritte Inhaber der veräußerten Sachen, sie mögen in gutem oder bösem Glauben sein: wie sich auch aus der Zusammenstellung der Klage mit der **Faviana** ergiebt [3]). Läßt sich der Verlust in keiner Weise wiederherstellen, so kann die Klage auch gegen den Schuldner angestellt werden [4]), vorausgesetzt daß er wieder zu Vermögen kommt.

Wirkungen. 1) Wer um die betrügerische Absicht des Schuldners gewußt hat, ist zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet [5]). Bei Veräußerung von Sachen sind diese mit sämmtlichen Früchten, den damals vorhandenen, und den seitdem gezogenen oder vernachlässigten, jedoch unter Abrechnung der nothwendigen oder mit Zustimmung der Gläubiger auf die Sache verwendeten Kosten, herauszugeben [6]). Eine Gegenleistung wird nur insofern erstattet, als sie im Vermögen des Schuldners vorhanden ist [7]). Forderungen, welche der Schuldner erlassen hat, werden mit allen Accessionen wiederhergestellt [8]).

2) Nur die Bereicherung ist herauszugeben: a) Von einem Empfänger, welcher die betrügerische Absicht seines Gegners nicht kannte, und aus einem lucrativen Grunde empfing [9]),

---

1) l. 18. §. 10. Marcian. l. 21. l. 45. pr. Paul. D. de jure fisci. 49, 14.

2) l. 1. pr. l. ult. §. ult. D. 42, 8. l. ult. C. 7, 57.

3) l. 10. §. 1. l. 15. l. 16. Paul. D. 42, 8.

4) l. 38. §. 4. D. de usur. 22, 1. Paul. l. 1. §. 26. D. si quid in fraudem patroni 38. 5. Ulp. Entgegensteht §. 6. J. de act. 4, 6. und dazu Theophilus.

5) l. 1. pr. l. 10. pr. §. 2—4. §. 22. l. 14. Ulp. D. 42, 8.

6) l. 10. §. 19. u. 20. l. 25. §. 4. D. 42, 8.

7) l. 7. Paul. l. 8. Venul. D. 42, 8.

8) l. 10. §. 22. u. 23. D. 42, 8.

9) l. 6. §. 11. 13. D. 42, 8. l. 5. Cod. 7, 75.

oder das Geschäft durch einen Stellvertreter abschließen ließ, der sie kannte [1]). b) Von Erben [2]), welche jedoch nach heutigem Recht bis zum Bestand der Erbmasse haften. c) Nach Ablauf eines Jahres [3]), welches continuum ratione initii und utile ratione cursus ist[4]), auch durch Justinian keineswegs in ein quadriennium continuum verwandelt ward [5]).

Schließlich ist die Frage zu erörtern, ob wegen Veräußerungen zum Nachtheil der Gläubiger eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im römischen Recht vorkommt. Die paulianische Klage ist eine solche nicht, keine Digestenstelle[6]) deutet darauf hin, daß das prätorische Edict diesen Fall als Restitutionsgrund anerkannt habe, Ulpian und Paulus führen ihn bei deren Aufzählung nicht auf[7]). Schwierigkeit macht nur eine Stelle der Institutionen[8]) deren Worten nach die Veräußerung einen Grund zur Restitution enthält. Diese ist indessen an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie die paulianische Klage, und ein innerer Grund jene schon nach Einweisung der Gläubiger in die Güter des Schuldners[9]) diese erst nach deren Verkauf [10]) zu geben nicht vorhanden. Das practische Interesse, beide Rechtsmittel zu haben, zeigt sich darin, daß für den Fall einer Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers, die Gläubiger des veräußernden Schuldners in dem Concurs des Erwerbers mittelst der Restitution als Vindicanten, mit der paulianischen Klage nur als chirographarische Gläubiger aufzutreten berechtigt sind.

---

1) l. 6. §. 12. l. 10. §. 5. D. 42, 8.

2) l. 10. §. ult. l. 11. Venul. D. 42, 8.

3) l. 1. pr. l. 10. §. 24. D. 42, 8.

4) l. 6. §. ult. l. 10. §. 18. D. 42, 8.

5) l. ult. C. de temp. in integr. rest. 2, 53.

6) l. 1. pr. l. 10. pr. §. 22. D. 42, 8. l. 25. D. de reb. auct. jud. possid. 42. 5. Ulp.

7) l. 1. 2. D. de in int. rest. 4, 1.

8) §. 6. I. de act. 4, 6. permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, i. e. dicere, eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mausisse.

9) cit. §. 6. v. bonis possessis.

10) l. 10. §. 1. D. 42, 8.

Ehrenkränkungen.

Ehrverletzung, injuria[1]).

Begriff. Der Ausdruck injuria bedeutet im Allgemeinen: id, quod non jure fit. Hier dagegen bezieht er sich auf eine absichtliche Ehrverletzung. Diese engere Bedeutung ist die gewöhnliche aus dem Recht in das Leben, aus der lateinischen Sprache in die übrigen übergegangen. Die Ehrverletzung ist ein Delict.

Bedingungen. 1) Eine Person, deren Ehre verletzt ist. Gewöhnlich ein bestimmtes, dem Verletzenden bekanntes, Individuum. Daß sie ihm bekannt sei, ist jedoch nicht wesentlich. Es ist nicht minder eine Injurie, wenn man Jemanden beleidigt, den man für einen Andern hielt. Auch braucht man an ein bestimmtes Individuum gar nicht gedacht zu haben: es ist ebenfalls eine Injurie, wenn man irgend Jemand, der uns begegnet, aus Uebermuth verletzt. Auch eine juristische Person kann beleidigt werden. Endlich kommen sogar mittelbare Injurien vor, wenn man Jemanden beleidigt, der in eines Andern Schutz steht. So wird der Ehemann durch die Ehefrau, der Bräutigam durch die Braut, der Vater durch den Haussohn, der Erbe bei Verunehrung des Andenkens seines Erblassers an der eignen Ehre gekränkt. Vorausgesetzt wird, daß der Injuriant mit dem Dasein des Schutzverhältnisses bekannt war.

2) Eine beleidigende Handlung. Sie kann der verschiedensten Art sein. Hierauf beziehen sich die Eintheilungen in Verbal- und Real-Injurien, in schriftliche und mündliche, denen man die symbolischen noch beifügen könnte: Eintheilungen, die juristisch nicht bedeutend sind. Am wichtigsten ist der Unterschied zwischen objectiver und subjectiver Injurie. Die letzte wird zugefügt durch den unmittelbaren Ausdruck der verachtenden Gesinnung: die objective dagegen durch den Ausdruck einer Thatsache, deren Folge die verachtende Gesinnung ist.

---

1) Legg. Mos. Coll. tit. 2. Gai. 3, 220—25. Inst. 4, 4. Paul. 5, 4. Dig. 47, 10. Cod. 9, 35. Decr. Greg. 5, 36. Sext. 5, 8: de iniuriis (et famosis libellis) (et damno dato).

Zu den subjectiven Injurien gehören z. B. Schimpfreden und körperliche Mißhandlungen, zu der objectiven der Vorwurf eines jeden Verbrechens, jeder Unsittlichkeit. Nicht hieher gehören nachtheilige Urtheile über Kenntnisse und Geschicklichkeit einer Person, z. B. in Recensionen. Es kann jedoch eine subjective Injurie damit verbunden sein, wenn das Urtheil in verächtlicher Form ausgesprochen ward[1]). Durch die Einrede der Wahrheit wird die objective Injurie ausgeschlossen, nur dann nicht, wenn sie durch Beimischung einer verächtlichen Form in eine subjective Injurie übergegangen ist[2]). Unter den objectiven Injurien ist der Fall, wo schriftlich und anonym Verbrechen vorgeworfen werden (libellus famosus) besonders hervorzuheben, indem derselbe wegen der Möglichkeit der schnellen Verbreitung und der Schwierigkeit bei Auffindung des Thäters von jeher criminell behandelt ward, während sonst Injurien zu den Civilsachen gehören.

3) Animus injuriandi, die bestimmte Absicht, die Ehre des Andern zu kränken. Culpose Injurien giebt es nicht. Meistens liegt diese Absicht in der Handlung selbst, und nur bei zweideutigen Handlungen hat der Kläger sie besonders darzuthun[3]).

Wirkungen. Die 12 Tafeln unterschieden so:

1) Ward Jemanden ein Glied abgehauen, so soll dem Beleidiger das gleiche abgehauen werden.

2) Ward Jemanden ein Knochen zerschlagen, so kostet dieses bei einem Freien 300 As, bei einem Sclaven 150.

3) Alle übrigen Injurien, jede 25 As. Das Unzureichende dieses Gesetzes[4]) veranlaßte den Prätor, die aestimatoria

---

1) l. 18. pr. D. de injur. 47, 10. Paulus. l. 5. C. de injur. 9, 35. Dioclet. et Maxim.

2) l. 18. pr. D. 47, 10. Paul. l. 5. C. 9, 35. Diocl. et Maxim. Fides veri bildet nicht den Gegensatz zu einer unwahren Thatsache, sondern zur Verjährung, wovon im Verlauf der Stelle die Rede ist. Die Worte beziehen sich also auf den Beweis der Behauptung, daß der animus injuriandi fehle, und nicht auf die s. g. exceptio veritatis.

3) l. 5. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Ulp.

4) Gaj. 3, 223. Ein reicher Römer ging einst mit einem Sclaven, der einen Sack voll Asse trug, durch die Straßen Roms, gab Jedem, dessen Gesicht ihm nicht gefiel, eine Ohrfeige, und zahlte sofort.

injuriarum actio einzuführen, bei welcher der Beleidigte die ihm widerfahrene Injurie selbst zu Geld anschlagen durfte. Der Prätor hatte das Recht, die zu hohe Taxe zu ermäßigen. Außerdem trat Infamie als Folge der Verurtheilung ein, wodurch die Geldstrafe einen bedeutenden Zuwachs an Schärfe erhielt. Die Infamie war für Personen geringeren Standes ohne große Bedeutung, und da sie oftmals auch das Geld nicht bezahlen konnten, so bildete sich zu Anfang der Kaiserzeit in Folge der lex cornelia das Princip, daß der Kläger die Wahl habe, die Injurie criminell zu verfolgen oder die ästimatorische Klage anzustellen. Die letzte war einjähriger Verjährung unterworfen. Auch ward sie schon nach den zwölf Tafeln durch einfachen Vertrag ausgeschlossen und zwar gegen die Regel ipso jure[1]). Stillschweigender Vertrag bewirkt dasselbe; namentlich, wenn auf die Injurie ein fortgesetzter Umgang erfolgt ist[2]). Stirbt der Beleidiger, so ist die Klage schon nach allgemeinen Grundsätzen aufgehoben. Der Tod des Beleidigten soll dieselbe Wirkung haben[3]). — In Deutschland hat das Recht der Injurienklage dadurch eine Erweiterung erhalten, daß man auch auf Widerruf, Abbitte, oder Ehrenerklärung klagen kann, und zwar nach Ansicht der Meisten neben dem Antrag auf öffentliche Strafe.

Calumnia[4]).

Gaben oder Versprechungen zu dem Zweck, um Jemand von einem Civil- oder Criminal-Rechtstreit, dessen Unrechtmäßigkeit dieser kennt, calumniae causa, abzuhalten, können von dem Geber, er mag der Gegner im Proceß, oder nicht sein, mit der ob turpem causam condictio angefochten werden. Daneben hat der Gegner eine, während Jahresfrist auf den vierfachen, später auf den einfachen Betrag gerichtete in factum actio, jedoch nur alternativ mit der Condicton. Ward dagegen ge-

1) l. 17. §. 1. D. de pactis. 2, 14. Paul.

2) l. 11. §. 1. l. 17. §. 6. D. 47, 10. Ulp.

3) l. 13. pr. D. 47, 10. Ulp.

4) Dig. 3, 6. Cod. 9, 46. Decr. Greg. 5, 2: de calumniatoribus.

geben oder versprochen, um einen unrechtmäßigen Rechtsstreit zu veranlassen, so ist die Condiction ausgeschlossen, dem Beklagten aber steht die gedachte in factum actio zu [1]).

Verantwortlichkeit wegen körperlicher Beschädigung.

Aquilische Klage [2]).

Inhalt. Die Lehre ist theils an sich wichtig, theis wegen ihrer engen Verbindung mit der Lehre von der culpa. Auf das Delict, welches in der körperlichen Beschädigung einer fremden Sache enthalten ist, bezogen sich mehrere ältere Gesetze. Diese gingen auf in der lex aquilia, deren Grundsätze noch im justinianischen Rechte Geltung haben. Sie enthielt drei Capitel. Das erste betraf die Folgen der Tödtung eines Sclaven oder vierfüßigen Hausthiers [3]): das Dritte jede Beschädigung (urere, frangere, rumpere d. i. corrumpere) einer anderen fremden Sache, mit Ausnahme der Fälle des ersten Capitels [4]).

Das zweite Capitel, von welchem die alten Juristen sagen non est in usu, und über dessen Inhalt die Neueren so viele scharfsinnige und vergebliche Vermuthungen aufgestellt haben, bestimmte, daß, wenn bei einer Stipulation ein adstipulator hinzugezogen war, und dieser zum Nachtheil des stipulator den Schuldner durch Acceptilation befreit hatte, eine Interessenklage wider ihn stattfinden solle [5]). Die Verbindung der Capitel läßt sich nur so erklären, daß Anfangs nur das erste vorhanden war, man diesem später das zweite verschiedenen Inhalts anhängte, und endlich, bei der Nothwendigkeit die Bestimmungen des ersten Capitels in größerer Abstraction aufzufassen, das dritte als Erweiterung des ersten hinzufügte.

---

1) l. 1. pr. l. 3. §. 1. u. 3. l. 5. §. 1. D. 3, 6. Ulp.

2) Gai. 3, 210—19. Inst. 4, 3. Cod. 3, 35: de lege Aquilia. Dig. 9, 2: ad legem Aquiliam. Decr. Greg. 5, 36. Sext. 5, 8. de. . . damno dato.

3) l. 2. pr. D. 9, 2. Gaj. (die Worte des Gesetzes).

4) l. 27. §. 5. D. 9, 2. Ulp. (desgleichen).

5) Gaj. 3, 215.

Anfangs wurde das Gesetz buchstäblich angewendet. Man verlangte eine fremde Sache, d. h. der Verletzte mußte quiritarisches Eigenthum haben. Auch sollte der Schaden corpore zugefügt sein. Später ward das Rechtsmittel theils jedem Innehaber eines dinglichen Rechts theils dann gegeben, wenn corpori non corpore ein Schaden verursacht war. Zu dem Zweck wurde eine utilis legis aquiliae oder in factnm actio eingeführt. Beide Ausdrücke kommen abwechselnd vor, und sind gleichbedeutend.

Voraussetzungen. Die Bedingungen des Rechtsmittels liegen den alten Juristen zufolge in den Worten damnum injuria datum. In dem Worte damnnm soll folgendes enthalten sein:

1) Der Kläger muß ein Recht an der Sache haben. Bloße Personalberechtigte haben die Klage nicht.

2) Die Sache muß körperlich verletzt sein. Ward diese Verletzung durch körperliche Berührung herbeigeführt, so findet die directa, wenn nicht, die utilis actio statt. So, wenn ein Pferd nicht getödtet, allein in einen Abgrund gejagt ist. Ferner, wenn eine körperliche Zerstörung eintrat, welche nicht Corruption ist. Im Verbrennen einer Speise liegt die letztere, nicht in dem Aufessen. Beides läuft für den Eigenthümer auf dasselbe hinaus. Endlich, wenn substantiell nichts an der Sache verändert ward, sie jedoch dem Eigenthum in einer der substantiellen Zerstörung gleichstehenden Weise entzogen ist. Zwei Personen fahren über einen Fluß, der Eine zählt Geld in der Hand, der Andere stößt ihn an, so daß es ins Wasser fällt. Aehnlich sind die Fälle, wo Jemand Unkrautsaamen in fremdes Saatkorn mischt, wo er das Vieh des Andern verjagt so daß es Dieben in die Hände fällt u. a. m.[1]). Zu dem Misverständniß, es gäbe drei Stufen bei diesem Rechtsmittel, die directa, die utilis legis aquiliae, und die in factum actio hat eine Stelle der Institutionen[2]) Anlaß gegeben, wo es heißt, wenn weder corpore noch corpori geschadet sei, z. B. wenn Jemand aus Mitleid einen fremden Sclaven entfesselt

1) l. 27. §. 14. 19. 20. 21. D. 9, 2. Ulp. l. 14. D. de praescr. verb. 19, 5. Ulp. §. 11. I. de obl. quae ex del. 4, 1. Gaj. 3, 202.

2) §. 16. I. 4, 3.

hat, und dieser davon lief, so finde die in factum actio statt. Allein dies beruht nur auf einem Misverständniß der Compilatoren. Bis zu den Worten Sed si non corpore damnum datum hatte man die Stelle anderweit entlehnt. Nun fand sich ein Satz Ulpians [1]), welchen man gleichfalls hinzufügen wollte, und da hier zufällig der Ausdruck in factum actio statt utilis l. a. actio gebraucht war, so hielt man dieses für einen Fall, wo weder die utilis noch die directa actio ausreiche, und kam zu der Darstellung der Dreitheiligkeit am Schluß der Stelle, ohne zu berücksichtigen, daß utilis und in factum actio sonst von den Juristen hier als gleichbedeutend genommen werden.

Nothwendig ist, daß die Verletzung durch eine positive Handlung herbeigeführt ward: eine Unterlassung giebt keinen Anspruch. Wer eine fremde Sache dem Untergang nahe findet, sie leicht retten kann und es nicht thut, ist der Klage nicht unterworfen [2]). Bildet jedoch das Unterlassen mit dem vorhergehenden positiven Handeln ein Ganzes, so wird man verantwortlich. Wer ein fremdes Thier einfängt und einschließt, haftet deshalb an sich noch nicht: wohl aber, wenn er es verhungern läßt. Wer ein Feuer zum Backen anzündet, haftet dafür nicht: schläft er ein, und es entsteht ein Feuerschaden, so muß er dafür aufkommen [3]). Neuere haben die aquilische Klage bisweilen soweit ausgedehnt, daß wenn Jemand einen Andern in Schaden bringe und die Billigkeit Aushülfe verlange, eine in factum actio stattfinde, mit Bezugnahme auf Paulus [4]). Damnum bezeichnet aber in dieser Lehre nicht jeden Verlust, sondern einen Schaden, der die Substanz der Sache betrifft. Diese muß also zerstört, beschädigt, oder in ein solches räumliches Verhältniß gebracht sein, welches der körperlichen Zerstörung gleich kommt.

3) Die Verletzung muß wirklich Schaden bringen. Die Klage findet also nicht statt, wenn ein über eine irrthümlich angenommene Schuld ausgestellter Schein zerstört ist [5]).

---

1) l. 7. §. 7. D. de dolo 4, 3.

2) l. 13. §. 2. D. de usufructu. 7, 1. Ulp.

3) l. 8. Gaj. l. 27. §. 9. Ulp. l. 30. §. 3. Paul. D. 9, 2.

4) l. 11. D. 19, 5. Pomp. l. 33. §. 1. D. 9, 2. Paul. In damnis, quae lege aquilia non tenentur, in factum datur actio.

5) l. 41. pr. Ulp. l. 40. Paul. D. 9, 2.

Die Worte injuria datum beziehen sich nicht auf eine Verletzung der Ehre, sondern bezeichnen non jure, id est culpa datum. Böser Wille, Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit müssen Ursache des Schadens gewesen sein. Hier genügt schon das geringste Versehen [1]). Wer also aus einem bestimmten Recht handelt, unterliegt der Klage nicht. So, wenn Jemand ein fremdes Thier, welches ihn anfällt, im Wege der Vertheidigung tödtet [2]). Ebenso, wenn der Beschädigte durch eigene Unvorsichtigkeit Anlaß zur Verletzung gegeben hat [3]).

Die Voraussetzungen des lex aquilia werden oft mit einem contractlichen Verhältniß zusammentreffen. So, wenn der Miether eines Pferdes dieses zu Tode reitet. In solchen Fällen hat die aquilische Klage keinen subsidiären Charaeter, der Kläger vielmehr zwischen ihr und der Contractsklage die Wahl: er wähle die vortheilhaftere.

Folgen. Die aquilische Klage ist zunächst auf den Sachwerth und das Interesse — das directe wie das indirecte, da sie aus einem Delict entspringt — gerichtet [4]). Daneben hat sie in doppelter Beziehung eine pönale Beimischung.

1) Durch künstliche Berechnung des Interesse. Nicht der Sachwerth im Augenblick der Beschädigung, sondern in den Fällen des ersten Capitels der höchste Werth des letzten Jahres, in denen des Dritten der höchste des letzten Monats dürfen in Anschlag gebracht werden. Diese Berechnung kann in manchen Fällen zu einer großen Verschiedenheit führen, um so mehr, als man dabei auch das indirecte Interesse berücksichtigen darf. So, wenn man ein Pferd innerhalb des letzten Jahres zu 100 Louisdor verkaufen konnte, es später erblindete, und zur Zeit, wo es getödtet ward, kaum 10 werth war [5]).

---

1) l. 5. §. 1. l. 44. pr. D. 9, 2. Ulp.

2) l. 151. D. de r. j. 50, 17. Paul. l. 45. §. 4. Paul. l. 29. §. 7. Ulp. D. 9, 2.

3) l. 11. pr. Ulp. l. 31. Paul. l. 28. §. 1. Paul. D. 9, 2.

4) l. 18. §. 1. D. commodati. 13, 6. Gaj.

5) l. 21. §. 2. Ulp. l. 22. pr. Paul. D. 9, 2.

6) l. 2. pr. §. 2. Gaj. l. 23. §. 3. Ulp. l. 27. §. 5. Ulp. l. 29. §. 8. Ulp. D. 9, 2.

2) Dadurch, daß die aquilische Klage zu denen gehört, welche durch Leugnen auf das Doppelte wachsen [1]). Im allgemeinen Sinn ist daher die Klage denen beizurechnen, quae poenae causa dantur. Dem Objecte nach ist sie bisweilen pönal, bisweilen nicht. Da sie nun möglicherweise eine Strafklage ist, so wird sie so behandelt, als ob sie nur auf Strafe ginge. Dieses hat die practische Folge, daß, wenn Mehrere an der Beschädigung Theil nehmen, von Jedem das volle Interesse gefordert werden kann. Eigentlich müßten sie deshalb in solidum haften, so daß der Eine durch die Zahlung des Andern frei würde, und nur die Straferhöhung Jeder für sich zu entrichten haben. Da sich aber beides nicht wohl trennen läßt, so wird Alles ohne Unterschied als Strafe behandelt [2]).

Arborum furtim caesarum actio [3]).

Haut Jemand den Baum eines Andern in gewinnsüchtiger Absicht ab, so unterliegt er den Diebstahlsklagen: wenn aus bloßer Bosheit, so hat er nach den 12 Tafeln die arborum furtim caesarum actio auf den doppelten Werth des angerichteten Schadens.

Viae receptae actio.

Wenn Grundstücke zu beiden Seiten eines öffentlichen Weges liegen, und der Anlieger auf der einen pflügt so, daß der Weg allmälig auf das gegenüberliegende Grundstück herübergedrängt wird, so hat dessen Eigenthümer, welcher nothgedrungen den öffentlichen Weg auf sein Grundstück aufnehmen mußte, die viae receptae actio, gerichtet auf Schadensersatz und Herstellung des alten Verhältnisses. Von dieser Klage ist in den Quellen nur einmal [4]) die Rede.

Mittelbare Verantwortlichkeit.

1) Für Menschen. Hieher gehören die obenerwähnten Klagen der Reisenden gegen Schiffer, Gast- und Stall-

1) l. 2. §. 1. Gaj. l. 23. §. 10. Ulp. D. 9, 2.
2) l. 11. §. 2. D. 9, 2. Ulp. §. 19. I. de actt. 4, 6.
3) Dig. 47, 7: arborum furtim caesarum.
4) l. 3. pr. D. 43, 11. Paul.

wirthe wegen der in den Anstalten der Letzten erlittenen Beschädigungen.

2) Für Thiere[1]). Die Römer stellen den Grundsatz auf, daß ein Schaden, welchen lediglich eine Sache veranlaßt hat, deren Eigenthümer als solchen zur Entschädigung nicht verpflichtet. Zu den Ausnahmen von dieser Regel gehört unter Andern der Fall, wenn fremde Thiere Schaden verübt haben. Bei Delicten fremder Sclaven hatte man gegen den Herren die Noxalklagen. Diese waren auf den Fall, wo Thiere beschädigt hatten, nicht ohne Weiteres anwendbar, da Thiere keinen Willen haben, mithin Delicte nicht begehen können. Die Juristen untersuchten hier die Art, wie das Thier geschadet hatte. War es seinem natürlichen Instinct gefolgt, so wurde keine Klage, wenn nicht, hatte es contra naturam gehandelt, die de pauperie actio gegeben. Pauperies heißt ein Schaden, bei welchem keine Zurechnung vorkommt. Ausgeschlossen wird die Klage, sobald ein Verschulden, sei es von Seiten des Eigenthümers oder eines Dritten vorliegt. Alsdann ist die aquilische Klage gegen den Schuldigen anzustellen[2]). Ist also z. B. ein Pferd gereizt, schlägt aus, und tödtet einen Menschen, so findet die Klage nicht statt, wohl aber, wenn es von freien Stücken ausschlug. Sind ferner zwei Ochsen in Streit gerathen, und der eine hat den andern getödtet, so hat der Herr des Getödteten nur dann eine Klage, wenn der am Leben Gebliebene den Streit angefangen hatte[3]). Die römischen Juristen nehmen also auch bei Thieren eine Art von Zurechnung an. Sind beide Ochsen auf dem Platze geblieben, so ist dem Herrn des Ochsen, welcher den Streit nicht angefangen hatte, seine Klage abgeschnitten. Der Beklagte kann sich nämlich durch noxae datio von der Leistung des Schadenersatzes befreien, und wenn das Thier vor der Litiscontestation umkommt, so ist die Klage erloschen[4]). Wenn nach solcher, so tritt an die

1) Paul. 1, 15. Inst. 4, 9. Dig. 9, 1: si quadrupes pauperiem fecerit (fecisse dicatur).

2) l. 1. §. 3—6. D. 9, 1. Ulp.

3) l. 1. §. 11. D. 9, 1,

4) l. 1. §. 13. D. 9, 1.

Stelle der noxae datio der Cession einer dem Beklagten desfalls gegen einen Dritten etwa zustehenden Klage, z. B. der aquilischen. Das Recht zur noxae datio fällt hinweg, wenn der Beklagte auf vorgängige in jure interrogatio sein Eigenthum am Thier abgeleugnet hat [1]). Die Klage ist nämlich in rem scripta, sie geht nicht gegen den Eigenthümer des Thieres zur Zeit der Beschädigung, sondern gegen den Eigenthümer zur Zeit der erhobenen Klage [2]).

Als besondere Klage ist hier die de pastu actio zu bemerken. Haben nämlich fremde Thiere durch Abfressen einem Acker geschadet, so findet, wenn dies absichtlich oder durch nachlässige Bewachung herbeigeführt ward, die aquilische Klage statt. War der Eigenthümer außer Schuld, so konnte die de pauperie actio deshalb nicht angestellt werden, weil es nie contra naturam eines Thieres ist, für seine Nahrung zu sorgen. Der Billigkeit halber gab man daher schon in den 12 Tafeln diese besondere Klage [3]). Ganz ausgeschlossen ist die de pauperie actio bei wilden Thieren: denn diese können nie contra naturam schaden [4]). Hält jedoch Jemand an einem Ort, qua vulgo iter fit, ein wildes Thier oder ein Hausthier von besonderer Wildheit, so findet nach dem Aedilenedict, wenn ein freier Mensch durch das Thier getödtet ward, eine Klage auf 200 solidi, wenn verletzt, eine auf Geld nach Ermessen des Richters, sonst eine Klage auf das Doppelte des Schadens statt [5]). Wem diese Klagen zustehen, ist im Edict nicht angegeben. Vielleicht waren es Popularklagen. Diese policeiliche Anstalt ist, wie alle Institute der Art, heutzutage nicht anwendbar.

Durch leblose Dinge [6]). Ward aus einem Hause, einer Scheune, einem Magazin, oder einer Werkstatt Etwas

---

1) l. 1. §. 15. D. 9, 1.

2) l. 1. §. 12. D. 9, 1.

3) l. 14. §. 3. D. de praescr. verb. 19, 5. Ulp. Paul. S. R. I, 15, 1.

4) l. 1. §. 10. D. 9, 1. Ulp.

5) l. 40. §. 1. l. 42. D. de aed. ed. 21, 1. Ulp. Paul. §. 1. I. 4, 9.

6) Dig. 9, 3: de his qui effuderint vel deiecerint.

gegossen oder geworfen, und ein Vorübergehender dadurch beschädigt, so kann er natürlich den Thäter mit der aquilischen Klage belangen. Meistens wird dieser nicht entdeckt und daher soll der Hausherr des Ganzen oder des betreffenden Theils — nicht immer der Eigenthümer, auch der Miether — und Mehrere in solidum, weil er die Hauspolicei nicht besser handhabte, in Anspruch genommen werden. Dieser hat den Regreß gegen den Thäter. Die Verpflichtung wird aus eiuem Quasi-Delict hergeleitet, und der Regel nach ist das Doppelte des Schadens dem Verletzten zu ersetzen. Ueberdieß werden im römischen Recht, während eines annus utilis, Popularklagen gegeben: auf 50 aurei, wenn ein freier Mensch getödtet, auf ein durch Richterermessen zu bestimmendes Geldquantum, wenn er verwundet ward. Diese Popularklagen, als policeiliche Maaßregeln, und ebenso die Klage auf das Doppelte finden heutzutage nicht mehr statt. An die Stelle des Letzteren trit einfacher Schadensersatz. Klagt nun der Verletzte, so soll der Richter auf Kurkosten, den entzogenen und etwaige fernere Unfähigkeit zum Erwerb, nicht auf Verunstaltung Rücksicht nehmen[2]): heutzutage pflegt jedoch die Praxis diese wie auch Schmerzensgelder zu berücksichtigen. Utiliter findet die Klage wider den Vorgesetzten eines Schiffes statt, aus welchem Etwas geworfen ist. Auf die Erben geht sie über, gegen dieselben nicht.

Hat Jemand Etwas in Gefahr drohender Weise ausgestellt oder gehängt oder geduldet, daß ein Anderer, für den er zu haften hat, dieses that, so findet gegen ihn eine Popularklage auf 10 aurei statt, welche nicht gegen die Erben geht[3]). Heutzutage unpractisch. Vorgenannte in factum actiones werden von den Neueren die erste de effusis et ejectis die letzte de positis et suspensis genannt.

Zustandsobligationen.

Zwölftes Capitel.

Obligationen aus Besitz.

Da die Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes schon frü-

1) l. ult. D. 9, 3. Gaj.

2) l. 5. §. 6—13. D. 9, 3. Ulp.

her dargestellt sind, so ist hier nur

die Exhibitionspflicht des Besitzers[1]).

zu erörtern.

1. **Exhibere** heißt bei Nicht-Juristen herausgeben, im technischen Sinn hängt es zusammen mit **restituere**. Dieses bezeichnet ein Geben, durch welches die Sache an den ursprünglichen Herren zurückkehrt. So sind die Eigenthumsklage wider den Besitzer und die Vermiethungs-Klage wider den Miether am Schluß eines Miethverhältnisses auf Restitution gerichtet. Die Exhibition ist eine halbe Restitution. **Exhibere ist rei praesentis copiam facere**, die Sache in die unmittelbare Nähe eines Andern, ihn mit der Sache in Berührung bringen[2]). Herbeischaffen, und Ueberliefen ist Restitution, jenes ohne dieses Exhibition.

2. Die Exhibitionspflicht, welche mit der **ad exhibendum actio** geltend gemacht wird, geht hervor aus einer allgemeinen Obligation, **ex lege** bei den Neuern genannt, welche auf der Billigkeit beruht, und derjenigen ähnlich ist, welche die Grundlage der **quod metus causa actio** bildet. Bei dieser lautet die Obligation so: Ward durch Drohungen der Rechtszustand einer Person verschlechtert, so ist Jeder, der es vermag, verbunden, zu dessen Wiederherzustellung beizutragen. Bei der Exhibitionsklage so: Unter gewissen Bedingungen hat Jeder zu exhibiren, welcher factisch dazu im Stande ist. Beide Klagen sind persönliche aber **in rem scriptae**. Eine Verpflichtung zur Exhibition setzt eine Interesse voraus. Nicht im materiellen Sinn des Worts. Ein Kaufmann hat ein Interesse, die Handelsbücher seiner Concurrenten einzusehen, ist aber nicht ohne Weiteres dazu berechtigt[3]). Sondern, ein Interesse, welches mit einem Recht in Verbindung steht.

Warum fordert aber, wer ein Recht an der Sache hat, nicht Restitution statt Exhibition? Die vollständige Verfolgung des Rechts ist oftmals gehindert durch ein räumliches Verhältniß, in welchem die Sache sich befindet. Dieser Zufall

---

1) Dig. 10, 4. Cod. 3, 42: ad exhibendum.
2) l. 2. D. 10, 4. Paul.
3) l. 19. D. 10, 4. Paul.

soll nicht an der Verfolgung hindern, sondern Jeder, welcher die factische Möglichkeit besitzt, dazu wirken, daß das räumliche Hinderniß beseitigt werde. Wer also die Exhibition in Anspruch nehmen will, muß Eigenthum, ein Recht an fremder Sache, oder wenigstens den Besitz der Sache in Anspruch zu nehmen befugt sein [1]).

3. Gerichtet ist die Exhibitionsklage wider Jeden, welcher exhibiren kann, meistens den Besitzer. Aber auch, mit gleicher Erweiterung wie bei der Eigenthumsklage, wider den, welcher arglistig den Besitz aufgab. Die Klage geht nicht gegen den Erben als solchen, sondern nur in sofern, als er zu exhibiren im Stande ist [2]). Beispiele. 1. A setzt b zum Erben ein, und vermacht dem c von den 2 Pferden in seinem Stall eins nach seiner Wahl. B. tritt die Erbschaft an, hat gegen das Vermächtniß nichts einzuwenden, und ist bereit, das Pferd zu geben. Als aber c in den Stall gehen will zur Wahl, erklärt b der Stall und Eingang seien nicht mitvermacht und verweigert solchen. Hier erlangt c mit der Exhibitionsklage, daß er zu den Pferden, oder diese zu ihm gelassen werden, um die Wahl möglich zu machen. 2. A. ist Eigenthümer eines Edelsteins: b kommt in dessen Besitz und läßt ihn in einen Ring fassen. Wird b von a auf Herausgabe des Steins belangt, so kann er erwidern: die Eigenthumsklage sei unzulässig, da er den Stein nicht als selbstständige Sache besitze. Dasselbe tritt ein, wenn ein Wagenrad an einen fremden Wagen gesetzt ward. In beiden Fällen wird mit der Exhibitionsklage die Trennung des Steins bezüglich Rades von der Sache verlangt mit welcher sie verbunden ist. 3. Stiehlt a dem b 100 Rthl., und bezahlt damit seine Schuld bei c, welcher von dem unredlichen Erwerb des Geldes nichts weiß, so kann b von diesem das Geld vindiciren, solange es vorhanden ist. C erfährt die desfalsige Absicht des b, und vermischt das Geld mit anderm oder giebt es aus, hört also auf es zu besitzen. Hier kann b Exhibition verlangen, und da c. sie vereitelt hat Entschädigung. Zu-

---

1) l. 1. 3. D. 10, 4. Ulp.

2) l. 3. §. 15. l. 5. pr. §. 1. 6. D. 10, 4. Ulp.

nächst nur für die Exhibition. Da aber b, falls sie beschafft würde, durch den Beweis seines Eigenthums 100 Rthl. zurückerhielte, so beläuft sich der Betrag der Entschädigung auf diese Summe. Im vorliegenden Fall konnte mit gleichem Resultat die Eigenthumsklage gegen den fingirten Besitzer angestellt werden, und daher wird in solchem bald die Eigenthums- bald die Exhibitionsklage als des zutreffende Rechtsmittel genannt [1]).

Die Klage ist arbitraria, der Richter hat bei der Verurtheilung freie Hand. Verfuhr der Gegner arglistig, so kommt der Schätzungseid zur Anwendung.

Das Bisherige enthält die theoretische Auffassung der Exhibitionsklage: in der Anwendung wird sie von der Hauptklage nur selten getrennt. Man verhandelt nicht darüber, ob ein Rad vom Wagen getrennt werden solle, durch alle Instanzen, und vindicirt es alsdann, sondern verbindet beide Ansprüche in denselben Proceßschriften.

Irrthümer der Neueren. Es giebt zwei verschiedene Exhibitionsklagen, eine principale und eine praeparatorische. Jene z. B. in dem obigen Fall, wo eine Geldsumme gestohlen ward, die Exhibition verlangt, und bei deren doloser Unmöglichkeit, eine Entschädigung von gleicher Größe geleistet wird. Diese z. B. in dem Fall eines gestohlenen Rades, dessen Trennung zum Zweck der Vindication gefordert ward. — Allein in beiden Fällen zeigen sich nur verschiedene Wirkungen derselben Klage.

Im alten römischen Recht war die Exhibitionsklage eins der wichtigsten Rechtsmittel. Einmal nemlich ist die Lehre vom fingirten Besitzer bei der Eigenthumsklage wahrscheinlich späteren Ursprungs; während sie bei der Exhibitionsklage einer arbitraria actio schon lange anerkannt war. Sodann diente sie als Unterstützungsmittel für den alten Eigenthumsproceß. Dieser begann mit einem körperlichen jedoch symbolischen Streit um die Sache selbst, den manus consertae. Dessen Gegenstand z. B. ein Wagen, mußte zu dem Ende vor dem Prätor gebracht werden. Der Beklagte hätte den ganzen

---

1) l. 5. Ulp. 6. Paul. 7. Ulp. 9. pr. §. 1. 4. Ulp. l. 14. Pomp. D. 10, 4.

Streit dadurch vereiteln können, wenn er selbst erschien, den Streitgegenstand aber zu Hause ließ. Zu dessen Herbeischaffung ward er durch die Exhibitionsklage gezwungen.

Urkunden-Edition [1]. 1. Wer Eigenthümer oder Miteigenthümer einer Urkunde ist, kann mit der Eigenthumsklage, wer ein Recht aus einem Vertrag hat, mit der Klage aus solchem die Herausgabe fordern [2].

2. Fehlt ein bestimmtes Recht, und hat man nur ein Interesse die Urkunde einzusehen, so reicht nach Obigem der bloße Vortheil noch keineswegs aus, um die Edition zu verlangen. Nur bei den argentarii ließen die Römer dieses zu. Deshalb weil ihr Geschäft ein öffentliches Amt war, und ihre Bücher gewissermaßen öffentliche Instrumente [3]. Da indessen diese Einsicht auch von einem andern argentarius benutzt werden konnte, um die Geschäftsverbindungen seines Concurrenten kennen zu lernen, so war der, welcher ediren sollte, berechtigt zu seiner Sicherung einen Eid zu verlangen, daß jener wirklich glaube, das, was er suche, in den Büchern zu finden. Diese Vorschriften in Betreff der Argentarien sind jetzt Antiquität.

3. Daneben kann das öffentliche Interesse an Recht und Wahrheit eine Verpflichtung zur Edition alsdann begründen, wenn der Beweis in einem Rechtsstreit von einer Urkunde abhängt.

a. Zwischen den Parteien gilt im neusten Recht der Grundsatz, daß der Beklagte die Vorlegung von Urkunden verlangen kann, nicht aber der Kläger von dem Beklagten [4]. Ausnahmen von dem letzten Satz finden sich im römischen Recht zu Gunsten des Fiscus [5], und nach canonischem Recht muß der, welcher wegen Zinswuchers belangt wird, dem Kläger die Rechnungsbücher vorlegen [6]. Neuere Juristen haben

1) Dig. 2, 13. Cod. 2, 1: de edendo.

2) l. 9. pr. D. 2, 13. Paul.

3) l. 4. pr. §. 1. l. 6. §. 2. 5. Ulp. l. 10. §. 1. Gaj. D. 2, 13.

4) l. 5. 8. C. de edendo. 2, 1. Alexander.

5) l. 2. §. 1. 2. D. de jure fisci. 49, 14. Callistr.

6) Clem. 1. §. 1. de usuris. 5, 5.

eine Bestimmung des älteren Rechts mit dem Angeführten ohne Grund verglichen. Der Prätor befahl dem, welcher eine Klage anstellen will, dem Beklagten die Klage und die Beweisinstrumente zu ediren. Dies geschah aber nicht um dem Beklagten den Beweis zu erleichtern, sondern damit dieser sich von seinem Unrecht überzeugen könne und ein unnützer Rechtsstreit vermieden würde [1]).

b. Von dritten Personen konnte nach älterm Recht die Herausgabe von Urkunden auf den Grund des öffentlichen Interesses für Recht und Wahrheit nicht gefordert werden. Justinian dagegen verordnete, daß auch Dritte die Urkunden vorzulegen haben, da man Jeden auffordern könne, Zeugniß vor Gericht abzulegen. Müsse er sein Inneres in Bezug auf den Rechtsstreit eröffnen, so sei dies in Bezug auf etwas Aeußerliches um so mehr zu verlangen. Dieser Grund ist nur scheinbar. Niemand braucht Zeugniß wider sich abzulegen: die Urkunde kann aber so viel Nachtheiliges wider den Dritten enthalten, daß sich dessen Folgen im Voraus nicht berechnen lassen. Justinians Vorschrift ist daher bedenklich. Sie ward erst aus den Basiliken restituirt [2]), ist nicht glossirt, und enthält mithin kein practisches Recht.

Weigert sich nun der Inhaber die Urkunde herauszugeben in einem Fall, wo er dazu verbunden ist, so wird er in das eventuell durch Schätzungseid zu ermittelnde Interesse verurtheilt. Leugnet er dagegen den Besitz der Urkunde, so kann heutzutage der Editionseid von ihm verlangt werden.

Interdictum de tabulis exhibendis [3]).

Es ist gerichtet auf Vorzeigung einer letztwilligen Verfügung. Die Abweichung von der Exhibitionsklage liegt nicht darin, daß man zuvor nicht darzuthun braucht, man sei letztwillig bedacht, vielmehr dieses erst durch Ansicht der Verfügung erfahren will. Eine gleiche Ungewißheit der Berechtigung

---

1) l. 1. §. 3. fgg. D. de edendo. Ulp.

2) l. 22. C. de fide instrumentorum. 4, 21.

3) Dig. 43, 5. Cod. 8, 7: de tabulis exhibendis Paul. 4, 7. de lege Cornelia.

oder ihres Umfangs kann auch bei der Exhibitionsklage vorkommen. Sondern darin, daß man mit dem Interdict die Exhibition von Sachen verlangt, quae nostrae sunt.

Interdictum de libero homine exhibendo[1]).

Hält Jemand einen Menschen, dessen Freiheit unbezweifelt ist — denn sonst müßte ein liberale judicium angestellt werden — eingesperrt, so kann Jedermann gegen den Thäter das interdictum de libero homine exhibendo anstellen. Zu einer Zeit, wo Tausende von Sclaven existirten, hatte das Interdict seine Bedeutung. Heutzutage wird eine solche Handlungsweise selten vorkommen, und wenn es der Fall wäre, auf policeilichem kaum auf privatrechtlichem Wege beseitigt werden.

Obligationen aus Nachbarverhältnissen.

Grenzberichtigungen.

Sind die Grenzen zweier benachbarten Grundstücke schwankend geworden, oder sind sie bestritten, so daß entweder Keiner die wahre Grenze kennt, oder Einer von der gegenwärtigen behauptet, daß sie falsch sei, so findet die Grenzberichtigungsklage, finium regundorum actio statt. Mit der Eigenthumsklage würde man ausgereicht haben. Gleichwohl ward bei ländlichen Grundstücken, wo dergleichen Streitigkeiten besonders häufig waren, diese besondere Klage eingeführt. Bei städtischen findet sie nicht statt[3]). Im altrömischen Recht kommt in derartigen Fällen ein eigenthümlicher Proceß vor. Das Abmessen Zwecks Bestimmung der wirklichen Grenze erfordert technische Kenntnisse, und kann von dem Richter allein nicht geschehen. Im alten Recht vereinfachte man hier den Proceß in der Weise, daß man dem Feldmesser zugleich die Functionen des Richters gab. Es war jedoch die Jurisdiction der Feldmesser auf Streitigkeiten innerhalb fünf Fuß intra finem beschränkt: daher der Name der Klage. Bei Streitigkeiten von größerer Bedeutung kam die

---

1) Dig. 43, 29: de homine libero exhibendo. 63, 30: de liberis exhibendis, item ducendis. Cod. 8, 8: de liberis exhibendis seu ducendis, et de libero homine exhibendo.

2) Dig. 10, 1. Cod. 3, 39: finium regundorum.

3) l. 2. pr. Ulp. l. 4. §. 10. 11. l. 5. 6. Paul. D. 10, 1.

Sache vor den gewöhnlichen judex, der seinem Spruch nur das Gutachten der Sachverständigen zum Grunde legte. In späterer Zeit wurde lange sehr geschwankt, bis endlich die Entscheidung der Agrimensoren verschwand, und Alles an den gewöhnlichen Richter kam. Damit hörte die Unterscheidung eines Streits de fine und de loco gänzlich auf. — Heutzutage hat der Feldmesser das Technische zu besorgen, der Richter die Grenze festzusetzen. Er darf jedoch noch weiter gehn, und die als richtig anerkannte Grenze beim Vorhandensein eines hinlänglichen Grundes verlassen. So, wenn die wahre Grenze von der Beschaffenheit ist, daß sie für die Zukunft wieder zweifelhaft zu werden droht, und eine andere Grenzregulirung nahe liegt, welche jeden Zweifel beseitigt. Derartige Fälle sind selten. Die Aehnlichkeit dieser Klage mit den Theilungsklagen tritt in einer zwiefachen Beziehung hervor. Einmal ist der Fall, wo zwei Nachbarn mit einander streiten, bis zu welcher Grenze das Eigenthum eines Jeden gehe, nicht sehr verschieden von dem, wo eine Entscheidung über die Theilung eines Beiden gemeinsamen Grundstücks gefällt wird. Hauptsächlich aber zeigt sich die Verwandtschaft in der in beiden Fällen dem Richter eingeräumten Befugniß zur Adjudication. Deren Wirksamkeit zeigt sich in Folgendem. Ward zwischen zwei Nachbaren über die Grenze rechtskräftig entschieden, so steht dieselbe zwischen ihnen unabänderlich fest, und kann daher z. B. nicht aus dem Grunde, weil das Urtheil auf einem Irrthum beruhte, angefochten werden. Ueber das Eigenthum selbst wäre indessen damit noch nicht entschieden, es könnte nur wegen der persönlichen Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils nicht nochmals desfalls geklagt werden. Käme daher das Gut ohne Succession in dritte Hände, so könnte sich keine der nunmehrigen Parteien auf die Rechtskraft berufen. Hier tritt die Wirkung der Adjudication hervor. Durch sie ist der Streit für immer beseitigt, wenn auch das Urtheil unrichtig war. Denn es wird durch dasselbe dem Einen Eigenthum gegeben, dem Andern entzogen [1]). Auch bei dieser Klage

---

1) l. 8. §. 1. l. 2. §. 1. Ulp. l. 3. Gaj. D. 10, 1. §. 6. J. de off. jud. 4, 6.

können Verurtheilungen auf Geldentschädigung vorkommen. So, wenn der Richter dem Einen absichtlich ein Stück nimmt, und es dem Andern giebt. Ferner: wenn Einer mit Unrecht ein Stück zuviel besaß, so hat er dem Andern die Früchte herauszugeben, kann dafür aber seinerseits die auf solche und das Land gemachten Auslagen ersetzt verlangen.

Schon bei den Theilungsklagen ward hervorgehoben, daß, so lange die Grenzen streitig sind, von einer Verjährung der Klage nicht die Rede sein kann: denn auf Fortsetzung des schwankenden Zustands hat keiner der Nachbaren ein Recht. Viel häufiger aber ist der Fall, wo Einer ein Stück Land besitzt und sein Eigenthum daran behauptet, der Andere dagegen, daß es ihm zubehöre. Hier liegt ein bestimmter Besitzstand vor, und in einem solchen Fall ist zwar die gewöhnliche nicht aber die dreißigjährige Ersitzung ausgeschlossen [1]). Die Neuern nennen diesen Fall im Gegensatz zur einfachen eine qualificirte Grenzberichtigungsklage. Sie ist nur eine Art der Eigenthumsklage.

Bei Bauten und Anlagen. Novi operis nunciatio [2]).

Man versteht darunter die Verhinderung einer fremden Bauanstalt durch Einspruch, ohne Klage.

Das opus muß ein novum, der gegenwärtige Zustand dadurch verändert sein. Die Veränderung muß Grundstücke betreffen, und sich auf Gebäude beziehen: Bauen, Niederreißen. Nicht jede Veränderung an irgend einer Art von Sachen genügt.

Wer durch jene Handlung Schaden oder Gefahr für sich fürchtet kann einschreiten. Klagen, wenn er ein Recht dazu hat. Allein der Proceß würde die Sache zu sehr verzögern. Daher genügt ein bloßer Einspruch, ein Verbot, nunciatio. Hiezu muß ein Rechtsgrund vorhanden sein, und angegeben, nicht sofort bewiesen werden. Denn durch Letzteres,

1) l. 5. 6. C. 3, 39. Valentinian. 385. Theodos. 392.

2) Dig. 39, 1. Cod. 8, 11. Decret. Greg. 5, 32: de operis noui (noui operis) nunciatione.

was vor dem Richter geschehen müßte, würde wiederum zu viel Zeit verloren gehn. Rechtsgründe sind:

1) Ein Schaden. Man kann verbieten, um ihn abzuwenden. Hier tritt die nunciatio in Verbindung mit der damni infecti cautio, und alsdann ein, wenn selbst der kurze Proceß, welcher in Folge der Verweigerung der Caution stattfindet, zu lange dauern würde. Er wird durch die Nunciation vorbereitet.

2) Das öffentliche Recht. Wenn Jemand an einem öffentlichen Platz, der Landstraße, einem Flußufer, baut und einem andern Uferbewohner dieses gefährlich scheint.

3) Privatrechtliche Verhältnisse, wenn man Eigenthümer, Usufructuar, Pfandgläubiger des Bodens zu sein behauptet, wo gebaut wird [1].

Der Einspruch geschieht durch eine unfeierliche Erklärung in Gegenwart der Sache. Gleichgültig, ob außergerichtlich, oder im Laufe eines Processes, indem der Richter die Parteien dazu auffordert, und ebenso, ob gegen den Bauherren oder seine Arbeiter. Wird die Nunciation vorgenommen, so kann der Gegner sofort einen Gefährdeeid, daß es nicht aus Chikane geschehn, verlangen [2]. Er muß in Folge der Nunciation von seinem Thun abstehen. Fährt er fort, so wird er durch ein restitutorium interdictum (bei den Neuern demolitorium) gezwungen, den zur Zeit der Nunciation vorhandenen Zustand wiederherzustellen [3]. Die Härte für den Nunciaten wird dadurch gemildert, daß das Ganze nur eine provisorische Maaßregel ist. Wer die Nunciation vornimmt, erklärt dadurch, daß er eine Klage anstellen wolle, und mit der Nunciation beginne, weil er fürchtet, mit der Klage zu spät zu kommen. War daher auch das Besitzverhältniß streitig, so liegt in der Nunciation ein Verzicht auf die Vortheile des Beklagten [4]. In der Ankündigung der Klage liegt jedoch deren Anstellung noch nicht. Sollte der Nunciant daher die Sache liegen lassen, so

---

1) l. 1. pr. D. 43, 25. Ulp. l. 1. §. 16.—18. D. 39, 1. Ulp.
2) l. 5. §. 2. 3. 4. 14. D. 39, 1. Ulp.
3) l. 7. pr. l. 20. D. 39, 1. Ulp.
4) l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. D. 39, 1. Ulp.

muß sein Gegner die Mittel haben, den provisorischen Zustand zu Ende zu bringen. Dieses geschieht dadurch, daß der Nunciant wirklich klagt, und der Streit durch ein Urtheil definitiv entschieden wird. Außerdem aber:

1) Durch satisdatio des Beklagten. Sobald Bürgen für die Vergütung jeglichen Schadens gestellt sind ist die Gefahr beseitigt.

2) Durch remissio. Ist keiner der angeführten Gründe der Nunciation vorhanden, so kann sich der Nunciat an den Prätor, Richter, wenden. Dieser untersucht das Recht zur Nunciation, nicht das Recht selbst, und ertheilt sodann eine remissio, quia non tenet nunciatio [1]).

3) Nach älterem Recht durch Ablauf eines Jahres. Dieses hat Justinian aufgehoben [2]).

4) Wenn der Nunciant stirbt: die Wirkung geht nicht auf die Erben, wohl aber gegen die Erben.

5) Durch Veräußerung des Grundstücks.

Neuere Irrthümer. Dahin gehört die Eintheilung in realis und verbalis. Jene soll eintreten, wenn man sich eigenmächtig Hülfe verschafft. Allein hier liegt keine novi operis nunciatio vor, sondern eine Anwendung der Grundsätze über Selbstvertheidigung. Die realis soll auch auf symbolische Weise durch den jactus lapilli beschafft werden können. Dieser gehört nicht hieher, sondern zum interdictum quod vi aut clam.

Ebenso die Eintheilung in privata und publica. Bei Anmaaßungen ohne den Schein eines Rechts bedarf es keines Processes. Der Prätor, Richter, schickt auf vorgängige Anzeige den Gerichtsdiener, und läßt Execution eintreten. Hierin liegt gar keine Nunciation. Ob aber im Laufe eines Processes die Nunciation sich entspinnt, wo der Prätor, Richter, sie den Parteien selbst ankündigt, oder ohne einen Proceß, ist, wie oben bemerkt wurde, gleichgültig. Jenen Fall hat man wohl auch nunciatio publica genannt, eine Terminologie ohne Bedeutung.

---

1) l. 8. §. 2. 4. Paul. l. 20. Ulp. D. 39, 1. Tit. D. 43, 25: de remissionibus.

2) l. un. C. 8, 11.

Interdictum quod vi aut clam[1]).

Auch hier ist ein opus in solo factum die Voraussetzung. Dasselbe besteht jedoch nicht bloß im Bauen und Abbrechen eines Gebäudes, sondern in jeder Bearbeitung des Grund und Bodens durch Pflügen, Säen, Erndten, Bauen, Pflanzen Abhauen u. s w. Es muß dies vi geschehen sein, d. h. nicht bloß durch körperliche Gewaltthat, vis atrox, sondern, gegen den entschiedenen Widerspruch eines Anderen. Oder clam, d. h. durch künstliche Anstalten, wodurch man da, wo man den Widerspruch erwartete, den Ausspruch desselben vermied. Nun konnte es zweifelhaft sein, ob Jemand widersprochen, und, wenn er es that, ob dies ernstlich von ihm gemeint sei. Hierauf bezog sich der jactus lapilli, ein symbolisches Zeichen, daß man ernstlich verbieten wolle, als Vorbereitung zum Interdict[2]).

Das Recht dazu hat Jeder, wer ein rechtliches Interesse an dem Verbot hat, der Eigenthümer, Usufructuar, Pfandgläubiger, ja sogar wer gar kein dingliches Recht hat, z. B. der Miether[3]). Das Institut hat mit der n. o. nunciatio große Aehnlichkeit. Bei Beiden ein Verhältniß zur Sache, aus welchem, im Fall seiner Begründung, das Recht zum Widerspruch folgen würde. Die Beseitigung durch satisdatio oder remissio. Das Interdict selbst, bedingt dadurch, daß vi oder clam gehandelt ward, gerichtet darauf, daß wiederhergestellt werde, was in der tadelnswerthen Form geschah, ganz ähnlich dem restitutorium interdictum bei der operis novi nunciatio. Beide Institute sind daher so nahe verwandt, daß das Eine durch das Andere entbehrlich werden dürfte. Das Nebeneinanderbestehen hat wahrscheinlich einen historischen Grund. Zuerst kam wegen des häufigen Bedürfnisses bei Gebäuden die o. n. n. auf: später traten ähnliche Bedürfnisse bei landwirthschaftlichen Verhältnissen hervor. Man dehnte

---

1) Dig. 43, 24: quod vi aut clam.

2) l. 1. §. 6. Ulp. l. 20. §. 1. Paul. D. 43, 24. l. 5. §. 10. D. de O. N. N. 39, 1. Ulp. l. 6. §. 1. D. si servitus vindicetur. 8, 5. Ulp.

3) l. 11. §. 10—14. l. 12. Venul. 13. D. 43, 24. Ulp.

dieselben Grundsätze in freierer Anwendung auf sie aus, als interdictum quod vi aut clam. Die o. n. n. war dadurch entbehrlich geworden: da sie einmal bestand, so hob man sie nicht geradezu auf.

In der Praxis sind operis novi nunciatio und interdictum quod vi aut clam häufig misverstanden. Von einer Klage aus einem opus novum sollte nie die Rede sein: sie ist nicht eine Klage, sondern ein Privateinspruch. Fügt sich der Gegner nicht, so kommt es zum interdictum restitutorium. Eine reine Anwendung des römischen Rechts findet sich in dieser Lehre selten.

Damnum infectum [1]).

Auch von dieser Lehre pflegt heutzutage ein willkürlicher Gebrauch gemacht zu werden: die römischen mit Sorgfalt ausgebildeten Bestimmungen kommen jetzt selten zur Anwendung. Sie hängt zusammen mit der allgemeinen Rechtsfrage, in welchen Fällen man für Beschädigung seiner Sachen Ersatz fordern könne. Geschah dies durch die positive Handlung eines Andern, so hatte man die aquilische Klage. Liegt der Grund der Zerstörung nur in der Einwirkung einer fremden Sache auf die unsrige, so hat man an jener nur ein Retentionsrecht, und deren Eigenthümer ist als solcher zur Entschädigung nicht verbunden. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt bei der Beschädigung durch fremde Thiere ein; die Regel selbst aber gab Anlaß zur Einführung eines neuen Instituts [2]). Ward ein fremdes Haus baufällig, und man hatte beim Einsturz keinen Schadensersatz zu gewärtigen, so mußte man sich vorsehen, so lange der Schaden noch drohte, ein infectum damnum war. Zunächst kann man sich darüber mit dem Eigenthümer einigen. Meistens wird er sich nicht dazu verstehen. Alsdann wendet man sich an den Prätor mit der Bitte, dem Gegner die cautio damni infecti aufzulegen. Weigert er

1) Dig. 39, 2: de damno infecto et de suggrundiis et protectionibus.

2) l. 6. Gaj. l. 7. §. 1. Ulp. D. 39, 2.

die Leistung, so bittet man den Prätor um eine in possessionem missio ex primo decreto: in possessionem ire jubebo. Durch diese erhält der Eingewiesene den Mitbesitz, und so die Möglichkeit, eine Reparatur selbst vorzunehmen. Wegen der Kosten hat man zwar keine Klage, ist aber durch den Mitbesitz und des Pfandrecht an der Sache desfalls geschützt. Fährt nun der Gegner in seinem Ungehorsam fort, und zahlt die Kosten nicht, so erfolgt auf Ansuchen eine neue Mission ex secundo decreto: possidere jubebo, welche den Gegner, der sein Eigenthum offenbar geringer schätzt als die zu zahlenden Kosten, ganz vertreibt, und den missus zum Eigenthümer macht. Das römische Recht giebt ihm zwar nur die publicianische Klage und die Fähigkeit zur Ersitzung [1]. Allein der Prätor konnte kein quiritarisches Eigenthum geben oder nehmen, sondern nur bonitarisches. Im Sinn des justinianischen Rechts bekommt man sofort wirkliches Eigenthum, und die angeführten Stellen sind Ueberbleibsel des älteren Rechts. Das Rechtsinstitut bezog sich aber nicht bloß auf baufällige Häuser. Liegen zwei Aecker an einem Abhang neben einander und der eine droht den andern durch einen Erdfall zu verschütten, oder hat Jemand eine dem Anderen gefährliche Handlung vorgenommen z. B. eine Mauer an einem Orte aufgeführt, wo sie fremdem Gebiet durch wahrscheinlichen Einsturz nachtheilig werden kann, so ist der Bedrohte berechtigt, Caution zu fordern. — Man unterscheidet in dieser Lehre durchgängig ein vitium operis, wo durch unvorsichtiges Handeln Gefahr droht, und vitium loci, wo sie in der Sache liegt, und man unterlassen hat, sie zu verhüten. In allen Fällen aber wird ein Schaden vorausgesetzt, dem durch menschliche Vorsicht vorgebeugt werden konnte [2].

Berechtigt die Caution zu fordern sind, nach vorgängigem Gefährdeeid, der Eigenthümer der Usufructuar und Pfandgläubiger, also Jeder, der ein Recht an dem gefährdeten Grund-

---

1) l. 3. §. 23. D. acq. v. am. p. 41, 2. Paul. l. 15. pr. Paul. l. 15. §. 16. 17. Ulp. l. 18. §. 15. Paul. D. 39, 2.

2) l. 24. §. 3—9. D. 39, 2. Ulp.

stück hat. Auffallenderweise nicht der Besitzer in gutem Glauben.

Bei einem vitium loci kann sie nur gefordert werden vom Eigenthümer, und wer sonst ein Recht an der Sache hat. Bei dem vitium operis dagegen von dem, welcher auf gefährdende Weise arbeitet [1]).

Zweck des Instituts ist die Bestellung der Caution. Das Edict sagt hier: suo nomine promittit, alieno nomine satisdat [2]). Beim Eigenthümer (suo nomine) genügt es wegen seines Grundbesitzes wenn er durch Stipulation einen Anspruch auf Klage giebt. Der Usufructuar dagegen u. s. w. hat Bürgen zu stellen. Kommen die Verpflichteten dem nicht nach, so tritt das oberwähnte Verfahren ein.

Aquae pluviae arcendae actio [3]).

Kein Eigenthümer darf auf seinem Grundstück Vorkehrungen treffen, wodurch der natürliche Ablauf des Regenwassers verändert wird. Ward hiegegen gehandelt, und man ersieht, daß aus den Arbeiten Schaden entstehen werde, so kann man darauf klagen, daß die Anstalten fortgeschafft, und der alte Zustand wiederhergestellt werde. Auch hat der Gegner den Schaden zu ersetzen, welcher sich während des Processes ereignete: für den schon zugefügten Schaden dagegen hat man die Klage nicht: sie ist also recht eigentlich eine actio damni infecti. War inzwischen in der Person des Eigenthümers des benachbarten Grundstücks eine Veränderung vorgegangen, so kann man von dem neuen Eigenthümer nicht die Wiederherstellung des ehemaligen Zustandes fordern, sondern nur, daß er solche auf eigne Kosten gestatte. Das letzte ward später auch dann angenommen, wenn ähnliche Veränderungen durch die Natur bewirkt waren [4]).

Das Rechtsmittel hat große Verwandtschaft mit der cautio damni infecti. In dem vorliegenden Fall würde sie

1) l. 15. §. 26. 27. l. 30. pr. §. 1. D. 39, 2. Ulp.

2) l. 7. pr. D. 39, 2. Ulp.

3) Dig. 39, 3: de aqua pluvia arcenda.

4) l. 6. §. 6—8. Ulp. l. 11. §. 6. Paul. D. 39, 3.

gefordert werden können: die actio aquae pl. arcendae thu dies auf dem Wege der Klage. Eine solche giebt es jedoch nur in diesem speciellen Fall, und eine actio damni infecti als generelles Rechtsinstitut, wie es die Neuern oft darstellen, kommt nicht vor.

Bei Bäumen und Früchten. Interdictum de arboribus caedendis[1]).

Hat Jemand einen Baum, dessen Zweige über das Grundstück des Nachbarn hängen, so kann dieser nach dem Grundsatz, daß Jeder Herr der über seinem Grundstück befindlichen Luftsäule ist, und Niemand in den Raum des Andern willkürlich hienüber greifen darf, von dem Nachbar mit der Negatorien-Klage fordern, daß die herüberhängenden Zweige abgehauen werden. Man würde sich indessen dieser Klage sehr oft bedienen müssen, da der Baum stets vom Frischen treibt. Auch kann ja dem Gegner die organische Kraft des Baums offenbar nicht zum Vorwurf gemacht werden. Diese in der Natur der Sache liegenden Schwierigkeiten führten die Römer zu einem neuen Rechtsinstitut, dem interdictum de arboribus caedendis. Der Prätor unterschied hier: Steht der Baum an einem Gebäude und hat herübergetrieben, so kann man verlangen, daß der Baum an der Wurzel abgehauen werde: und thut der Nachbar dies nicht, so ist man selbst dazu berechtigt. Hierin liegt also eine Ausdehnung des Nachbarrechts aus Gründen der Billigkeit. Steht der Baum dagegen bei einem landwirthschaftlichen Grundstück, so kann man verlangen, daß der Nachbar arborem quindecim pedes a terra altius circumcidat. Einige sagen nun, der Baum müsse bis zu einer Höhe von 15 Fuß von der Erde ab behauen werden, der obere Theil gehe den Nachbar nichts an. Andere dagegen, alle Zweige über 15 Fuß von der Erde müßten hinweggehauen werden, und der untere Theil bleibe unberührt. Beide Theile irren in der Ansicht, daß Alles außerhalb der 15 Fuß bleibe wie es ist, es möge noch so weit

---

1) Dig. 43, 27: de arboribus caedendis.

herüberhängen. Davon, daß das natürliche Nachbarrecht[1]) und die Negatorienklage aufgehoben sei, findet sich in den Quellen keine Andeutung. Das Richtige ist daher, daß man mit dieser Klage das Abhauen von Allem verlangen kann, was in die eigne Luftsäule hineinhängt, und außerdem mit dem interdictum de arboribus caedendis, daß in einer gewissen Höhe alle Zweige nach allen Seiten hinweggehauen werden. Bei dieser Ansicht geht das caedere offenbar auf den obern Theil des Baumes; er muß bis 15 Fuß gestützt werden. Hart und unwahrscheinlich ist diese Ansicht nicht, da bei Gebäuden eine noch stärkere Ausdehnung des natürlichen Nachbarrechts sich findet. Unterstützt wird das Entwickelte dadurch, daß zu den Römerzeiten die äußere Erscheinung Italiens ungefähr dieselbe war wie jetzt, wo solche Bäume zu Weinpfählen benutzt werden, und dazu auch in der verstümmelten Gestalt noch immer brauchbar sind.

Hält man dagegen die Ansicht, daß die Negatorienklage hinwegfalle, und ein Theil des Baumes unberührt bleibe, für die richtige, so wird man das caedere offenbar auf den untern Theil des Baumes beziehen müssen, da die entgegengesetzte Annahme zu Widersinnigkeiten führen würde.

Interdictum de glande legenda[2]).

Glans ist jede Baumfrucht, unter Anderem auch Eicheln. Fallen Baumfrüchte auf des Nachbars Boden, so ist und bleibt nach römischem Recht der Eigenthümer des Baums auch Eigenthümer der Früchte. Er kann sie daher vindiciren, wenn der Nachbar sie zu sich nimmt. Läßt er sie liegen, so ist die Vindication ausgeschlossen, weil der Gegner nicht besitzt. Auf des Nachbarn Gebiet darf der Eigenthümer jedoch auch nicht gehen, wenn ihn dieser nicht hineinlassen will. Er müßte sonach die Früchte verlieren. Zu helfen wäre ihm jedoch vollständig durch die Exhibitionsklage. Allein ehe die Klage durchgesetzt wäre würde das Obst wohl verfault sein. Aus practischen

1) l. 21. §. 2. Pomp. l. 22, 4. Venul. D. quod vi aut clam. 43, 24. Paul. S. R. 5, 6. §. 13.

2) Dig. 43, 28: de glande legenda.

Gründen gestattete daher der Prätor dem Eigenthümer des Obstes, ut liceat tertio quoque die legere, auferre, er soll dasselbe am dritten Tage sich holen dürfen. Täglich und stündlich es gestatten zu müssen, könnte dem Nachbar unbequem werden: es soll daher nur von drei zu drei Tagen geschehen dürfen. Die Meisten nehmen dies so, daß zwei Tage zwischen jedem Kommen liegen müssen. Allein tertio quoque die heißt einen Tag um den andern. Man rechnet den Tag von welchem man ausgeht mit ein [1].

Seit Jahrhunderten hat man die Zeitbestimmung bei diesem Interdict so ausgelegt, als wenn darin eine Verjährungsfrist von drei Tagen ausgesprochen wäre. Dagegen spricht theils die Wortfassung, indem von einer Verjährung darin überall nicht die Rede ist. Sodann ist die Ansicht um deswillen unausführbar, weil für jeden Apfel, welcher vom Baume fiel, eine besondere Verjährungsfrist zu berechnen wäre.

Schutz öffentlicher Grundstücke durch prohibitorische Interdicte [2].

In den hieher gehörigen Fällen tritt heutzutage in der Regel policeiliche Hülfe ein, der Weg der Klage wird selten betreten [3])

Bereicherung.

1) Pflanzen und Säen. a. Von Seiten des Grundeigenthümers. Hat er in bösem Glauben fremde Bäume oder

1) l. 9. §. 1. D. ad exhibendum. 10, 4. Ulp.

2) Dig. 43, 6: ne quid in loco sacro fiat. 43, 7: de locis et itineribus publicis. 43, 8: ne quid in loco publico uel itinere fiat. 43, 9: de loco publico fruendo. 43, 10: de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. 43, 11: de uia publica et itinere publico reficiendo. 43, 12: de fluminibus, ne quid in flumine publico ripaue eius fiat, quo peius nauigetur. 43, 13: ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. 43, 14: ut in flumine publico nauigare liceat. 43, 15: de ripa munienda.

3) Ein Fall der Art in den Rechtssprüchen der Rostocker Juristenfacultät. S. 147.

Sämereien verwendet, so muß er vollen Ersatz leisten, wenn in gutem, die Bereicherung herausgeben. Die Klage des Verlierenden wird einmal[1]) utilis in rem actio genannt. Da er durch die Handlung seines Gegners das Eigenthum verloren hat, so läßt sich eine dingliche Klage nur mittelst einer Fiction des noch vorhandenen Eigenthums denken. Würde dieser von dem Beklagten die Einrede des wirklichen Eigenthums entgegengesetzt, so hätte der Kläger mittelst doli replicatio einen Anspruch auf Entschädigung. Außerdem können gegen den Grundeigenthümer, wenn er als Dieb zu betrachten ist, die desfallsigen Klagen angestellt werden.

b) Von Seiten des Eigenthümers der Pflanzen oder der Sämereien. Ist hier der Grundeigenthümer im Besitz, so hat Jener nach der gewöhnlichen Ansicht kein Rechtsmittel auf Ersatz. Wenn nicht, so kann der Pflanzende der Eigenthumsklage des Grundeigenthümers nach den bei solcher geltenden Grundsätzen eine Einrede wegen der Verwendungen entgegensetzen[2]), und so sich Ersatz verschaffen.

2) Die s. g. Adjunction. Hiebei dieselben Unterscheidungen wie beim Pflanzen und Säen[3]). Dem bisherigen Eigenthumer der Nebensache wird, wenn der Eigenthümer der Hauptsache die Verbindung vornahm, als Entschädigungsklage eine in factum actio gegeben. Für den Fall, daß Jemand auf fremdem Papier geschrieben, wird, falls er im Besitz ist, die doli exceptio wegen der aus dem Schreiben herrührenden Verwendungen ausdrücklich anerkannt; ist er nicht im Besitz anomaler Weise eine in factum actio[4]). Bei Gemälden dagegen wird nach Justinian's Entscheidung der Maler Eigenthümer des Substrats[5]). Ist dessen ehemaliger Eigenthümer im Besitz, so kann der Maler von ihm vindiciren, und jener den Werth des Substrats auf dem Wege der Einrede geltend machen. Wenn dagegen der Maler im Besitz ist, und den

1) l. 5. §. 3. D. de r. v. 6, 1. Ulp.

2) l. 11. C. 3, 32. l. 38. D. de r. v. 6, 1. Cels.

3) l. 23. §. 4. 5. D. 6, 1. Paul.

4) §. 33. J. de r. d. 2, 1. l. 9. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41, 1. Gaj. l. 3. § 14. D. ad exhib. 10, 4. Ulp.

5) l. 34. J. de r. d. 2, 1.

Werth des Substrats nicht ersetzen will, so soll der ehemalige Eigenthümer auf Herausgabe des Gemäldes eine utilis actio haben, allein, wenn sich der Maler in gutem Glauben befindet, den auf das Gemälde gemachten Aufwand erstatten. Nicht bloß diesem letzten Satz fehlt alle juristische Consequenz.

3) Specification. Ist der Specificant in bösem Glauben, so hat der bisherige Eigenthümer gegen ihn, weil er sich arglistig des Besitzes entäußert hat, die Eigenthums- und zweckdienlicher die Exhibitions-Klage auf den Werth der Sache, bezüglich Leistung des Interesse[1]). Auch macht sich wer in bösem Glauben specificirt eines furtum schuldig, und unterliegt daher den aus solchem entspringenden Klagen[2]). Gegen den Specificanten in gutem Glauben findet eine in factum actio auf die Bereicherung statt[3]).

4) Bauen[4]). a) Vom Grundeigenthümer mit fremdem Material. Dieser wird Eigenthümer des Gebäudes, nicht aber des Materials. So lange jedoch das Gebäude steht, sind nach den 12 Tafeln Eigenthums- wie Exhibitions-Klage auf Trennung ausgeschlossen. Ist der Bauende in bösem Glauben, so findet gegen ihn statt:

1) Die Exhibitionsklage, weil er sich arglistig des Besitzes entäußert hat, auf Leistung des Interesse[5]).

2) Die de tigno juncto actio auf den doppelten Werth.

3) Die Diebstahlsklagen, in den betreffenden Fällen.

4) Nach Trennung der Baumaterialien die Eigenthumsklage[6]). Hat er in gutem Glauben verbaut, so steht seinem Gegner nur die de tigno juncto actio, und, wenn er mit dieser durchgedrungen ist, nach Trennung die Eigenthums- und Exhibitionsklage nicht mehr zu[7]).

b) Auf fremdem Boden mit eigenem Material. Das Gebäude gehört hier dem Grundeigenthümer, die Materialien,

---

1) l. 12. §. 3. Paul. l. 9. §. 3. Ulp. D. 10, 4.

2) l. 52. (53.) §. 14. D. 47, 2. Ulp.

3) arg. l. 23. §. 5. med. D. de r. v. 6, 1. Paul.

4) Dig. 47, 3: de tigno iuncto.

5) l. 1. §. 2. D. 47, 3. Ulp. l. 23. §. 6. D. de r. v. 6, 1. Paul.

6) l. 2. D. 47, 3. Ulp.

7) §. 29. J. de rer. div. 2, 1. l. 7. §. 10. D. de acq. r. dom. 41, 1. Gaj.

wenn gebaut ist, in der Absicht zu schenken. Sie wird vermuthet bei dem, welcher wissentlich auf fremdem Grund und Boden baute: den Gegenbeweis vorbehältlich [1]). Liegt keine derartige Absicht vor, und der Bauende ist im Besitz, so hat er die gegen die gegnerische Eigenthumsklage zulässigen Einreden [2]) auf Entschädigung wegen des Werths des Materials und der Arbeit. Ist er nicht im Besitz, so glauben Manche, er habe, so lange das Gebäude stehe, keine Klage. Allein es ist kein Grund vorhanden, dem Bauenden auf den Werth der Sachen, die doch sein Eigenthum sind, die sine causa condictio abzusprechen [3]). Die Aeußerungen der Quellen, wer nicht besitze, habe kein Rechtsmittel, beziehen sich nur auf den Werth der Arbeit. — Gleiche Grundsätze sind in dem 1 [b] erwähnten Fall des Pflanzens und Säens zur Anwendung zu bringen.

---

1) §. 30. J. de rer. div. 2, 1. l. 7. §. 12. de acq. r. d. D. 41, 1. Gaj. l. 2. C. de R. V. 3, 32. Antonin.

2) l. 27. §. ult. Paul. l. 37. Ulp. 38. Cels. D. de r. v. 6, 1.

3) §. 26. z. E. J. de rer. div. 2, 1. l. 23. §. 5. D. 6, 1. Paul.

(Gedruckt bei W. Plötz.)

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Wunderlich, Agathon

Das römische Recht der Gegenwart

Halle 1848

J.rom.c. 349 s
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566111-8